

أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية

كليـة الدراسـات العليـا

قسم العدالة الجنائية

الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي بين الشريعة والقانون
مع التطبيق في المملكة العربية السعودية

رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في قسم العدالة الجنائية ـ تخصص التشريع الجنائي الإسلامي

إعداد

كريم بن عيادة بن غطاي العنزي

إشـــراف

أ. د. مصطفى إبراهيم سلامة

الرياض

١٤٢٤هـ ـ ٢٠٠٣م

جامعة العربية للعلوم الأمنية
كليـة الدراسـات العليـا
قسم العدالـة الجنائيـة

الاقتناع الذاتي لقاضي الجنائي
بين الشريعة والقانون
مع التطبيق في المملكة لعربية السعودية

رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير
في قسم العدالة الجنائية - تخصص التشريع الجنائي الإسلامي

إعداد

كريم بن عيادة بن غطاي العنزي

إشراف

أ.د. مصطفى إبراهيم سلامة

الرياض

1424هـ- 2003م

شكر وتقدير

أشكر الله عز وجل الذي وفقني لإتمام هذا البحث وأسأله جـل وعـلا أن يجعله في ميزان حسناتي وأن يجبر به عثراتي .

ثم أتقدم بالشكر الجزيل والتقدير إلى كل من أعانني وساعدني وتابعني وشجعني طوال فترة هذه الدراسة.

وأخص بالذكر كل من سعادة الأستاذ / مساعد بن عبد الله السلطان المستشار بوكالة الإشراف التربوي بوزارة التربية والتعليم وسعادة الأستاذ / عبد العزيز بن حمد المالك رئيس التدريب الداخلي بالإدارة العامة للتخطيط والتطوير الإداري بوزارة التربية والتعليم واللذان لهما الفضل بعد الله في ترشيحي لهذه الدراسة .

وسعادة الأستاذ الدكتور / مصطفى إبراهيم سلامة المشرف على هذه الرسالة والذي لم يألوا جهدا في توجيهي وإرشادي خلال كتابة هذه الدراسة .

كما أتقدم بالشكر الجزيل والتقدير إلى سعادة رئيس أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية الدكتور / عبد العزيز بن صقر الغامدي والى كافة منسوبي الأكاديمية من أساتذة وموظفين وعاملين ، على ما لقيته منهم أثناء الدراسة من خلق رفيع ورحابة صدر ومن توجيه وإرشاد أكاديمي على مستوى عالٍ .

وأخص بالذكر أساتذتي ، كل من :

الأستاذ الدكتور / محمد المدني بوساق رئيس قسم العدالة الجنائي بكلية الدراسـات العليا والأستاذ الدكتور / محمد محيى الدين عوض و الأستاذ الدكتور / فؤاد أحمـد عبد المنعم والأستاذ الدكتور / محمد فضل المـراد والأسـتاذ الـدكتور / محمـد الشنقيطي و الأستاذ الدكتور / محمد عرفة.

كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر والتقدير إلى اخوتي عبد الرحمن وعبد العزيز وإبراهيم ، والذين بذلوا ما بوسعهم في مساعدتي والوقوف بجانبي ، والشكر موصولٌ إلى أسرتي والذين تحملوا غيابي عنهم لأغلب فترات كتابة هذه الدراسة.

فالفضل يعود لأهل الفضل ، فجزاهم الله جميعا عني خير الجزاء .

الباحث

قسم : **العدالة الجنائية** **نموذج رقم (26)**

تخصص : **التشريع الجنائي الإسلامي**

ملخص رسالة ماجستير

عنوان الرسالة : الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي بين الشريعة والقانون مع التطبيق في المملكة العربية السعودية .

إعداد الطالب : كريم بن عيادة بن غطاي العنزي

إشراف : الأستاذ الدكتور / مصطفى إبراهيم سلامة

لجنة مناقشة الرسالة :

1- الأستاذ الدكتور / محمد المدني بوساق مقرراً
2- الأستاذ الدكتور / أحمد بن يوسف الدريويش عضواً
3- الدكتور / خالد بن عبد الله اللحيدان عضواً

تاريخ المناقشة : 8 /1424/9هـ الموافق 2003/11/2م

مشكلة البحث : مناقشة الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي وحريته في تقدير أدلة الإثبات في الشريعة الإسلامية وفي القوانين الوضعية وبيان وجهة نظر المنظم السعودي في ذلك .

أهمية البحث : من الناحية العلمية سوف تضيف هذه الدراسة رؤية جديدة للباحثين في مجال العدالة الجنائية وتكون بمثابة انطلاقة لعمل دراسات وأبحاث أخرى مماثلة في هذا المجال .
ومن الناحية العملية يمكن الاستفادة من مثل هذه الدراسة بالنسبة لكافة العاملين في مجال العدالة الجنائية .

أهداف البحث

1- بيان المقصود بالاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي بوجه عام .
2- بيان مدى مشروعية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي ومبرراته ومصادره ومعاييره وأهم الإستثناءات عليه وتطبيقاته.
3- بيان أوجه الشبه وأوجه الاختلاف في تطبيق مبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي وحريته في تقدير أدلة الإثبات بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، وموقف المنظم السعودي من هذا المبدأ .

فروض البحث/ تساؤلاته:

1- ما مشروعية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي ؟ وما مبرراته؟

2- ما هي مصادر ومعايير الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي وأهم الإستثناءات عليه وتطبيقاته ؟

3- ما أوجه الشبه وأوجه الاختلاف بين الشريعة والقانون الوضعي في تطبيق مبـدأ الاقتنـاع الذاتي للقاضي الجنائي وما موقف المنظم السعودي من هذا المبدأ ؟

منهج البحث :

يعتمد على المنهج الوصفي التحليلي بناء على النصوص الشرعية من الكتاب والسنة والقواعد الكلية مع دراسة الموضوع دراسة فقهية مقارنة مع القوانين الوضعية .

و دراسة الحالة وذلك بالإطلاع على بعض القضايا في المحاكم الشرعية بمنطقة الرياض للوقوف على الأسباب التي أسس القاضي الجنائي اقتناعه عليها.

أهم النتائج :

1- إعطاء القاضي الجنائي حرية واسعة لتكوين اقتناعه الذاتي في القضـايا الجنائيـة لا يعادلـه فيهـا القاضي المدني .

2- ترجيح الخلاف بين علماء القانون في الرقابة على الاقتناع الذاتي للقاضي الجنـائي، وذلـك بـأن الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي غير خاضع لأية رقابة غير ضمير ووجدان القاضي.

3- أن أغلب القواعد القانونية والتي تزخر بها نصوص القوانين الوضعية إنما هي مستقاة من الشـريعة الإسلامية.

4- في مجال التطبيق في المملكة العربية السعودية عدم تقيد القاضي الجنائي بمذهب معين ويتضح ذلك من استشهاد القضاة في المملكة العربية السعودية في بعض القضـايا بـآراء المـذاهب الأخـرى والاستناد عليها في بناء الأحكام الجنائية .

محتويات الدراسة

مقدمة الدراسة

الحمد لله ، الحكم العدل الذي قضى فأبرم ، ولا راد لقضائه ، ولا معقب لحكمه وأشهد أن لا اله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله أول قاض في الإسلام ، حكم بشريعة الله تعالى وأقامها قولاً وعملاً ، صلى الله عليه وسلم . أما بعد ،،،

فيعتبر القضاء في الإسلام واجباً دينياً ، وفرضاً من فروض الكفاية، نظراً لأهميته القصوى وضرورته الملحة في المجتمع لأن إقامة العدل بين الناس للفصل في الخصومات وإشاعة الطمأنينة ونشر السكينة وحفظ الحقوق والأموال والدماء والأعراض من الهدر والضياع ، قيم إنسانية رفيعة وحاجات اجتماعية أساسية يحرص عليها الدين الإسلامي الحنيف ، لهذا أمر الإسلام بإقامته قال تعالى: ((وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ))[1] ولما كان النبي أول قاض في الإسلام فقد أمر الله تعالى رسوله صلى الله عليه وسلم بالحكم بين الناس بالحق والتصدي لخصوماتهم ونزاعاتهم وفق ما جاءه من أحكام شرعية . قال تعالى : ((فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ))[2] وقال تعالى: ((إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ))[3] وقال تعالى :((فَلا وَرَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيماً))[4] .

والاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي في تقدير أدلة الإثبات من الموضوعات التي أعرض فقهاء الشريعة عن وضع نظرية عامة لها ، رغم ما تتسم به من أهمية تكمن في الاتصال المباشر بتطبيق القانون الجنائي المنبثق منها وما لذلك من علاقة بحريـة الأفراد ومصالحهم ، فلقد دأب ولي الأمر على وضع الجزاءات الجنائية لمواجهة الجريمة وخطورة مرتكبيها على هدى ماديات موضوعية وشخصية ماثلة

([1]) سورة المائدة – الآية 49 .

([2]) سورة ا لمائدة - الآية 48 .

([3]) سورة النساء – الآية 105 .

([4]) سورة النساء – الآية 65 .

، متوخياً درء خطر حال أو محتمل على مصلحة جديرة بالحماية القانونية غير أن مدى تناسب ما يقرره من جزاء بالنسبة لشخصية مقترف الفعل المجرم يبقى غير مقطوع به من ذي بدء لاعتماده على عناصر يستعصي عليه حصرها سلفاً . لذلك نراه قد درج على تحديد الجزاء الذي يعتقد أنه عادل حيال مجرم عادي ذي ظروف عادية مسلماً في ذات الحين باحتمال عدم ملاءمته لمجرم آخر نتيجة ظروف مختلفة حين سن قاعدة التجريم . ومن هنا فإن القاضي الجنائي من خلال ما يتمتع به من سلطة تقديرية يقوم بتكملة عمل ولي الأمر حينما يجتهد في استخراج التحديد الواقعي للعقوبة أو التدبير الاحترازي من خلال التحديد التشريعي المجرد ابتغاء إحداث المواءمة بين تجريدية التحديد وواقعيته(5).

و يهدف القاضي الجنائي من خلال تطبيقه لقواعد الإثبات إلى تحقيق العدالة الفعلية بما يحقق مصلحة الفرد و المجتمع ، لذلك فاقتناعه الذاتي يتيح لـه الفرصة ليمارس سلطته للوصول إلى هذه الحقيقة عن طريق حريته في تقدير قيمة الأدلة واستنباط ما يؤدي إلى كشف الحقيقة .

فالهدف الأساس من العملية القضائية هو الوصول إلى أحكام عادلة تكون عنوانا للحقيقة، وهذا يتم من خلال عملية الإثبات .

وأدلة الإثبات ملازمة للقاضي الجنائي في جميع مراحل الدعوى لأنها وسائـل إظهار الحقيقـة وقد تكون واضحة بأدلتـها المباشرة وقد لا تكون كذلك ، فإن لم تكن كذلك فيقتضي استخلاصها عن طريق القاضي الجنائي من خلال تقديـره لقيمة هذه الأدلة ومـدى اقتناعه بها .

وعلى القاضي أن يكون اقتناعه من خلال الحوار الجدلي الذي يقوم بين الخصوم ومن خلال دوره الإيجابي في تحقيق الدعوى ، وهو اقتناع خاضع للاختبار النهائي بعد ذلك في ضوء استقراء مجموع الأدلة لاستنباط مدى تماسكها وسلامتها ، واقتناع القاضي بالأدلة أمر موضوعي متروك لضميره ووجدانه(6).

---

(5) بكار ، حاتم حسن موسى ، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية ، محاولة لرسـم معـالم نظرية عامة (رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون والعلوم السياسية بجامعة المسيرة الكبرى بليبيا، منشورة، 2002م) ص15 .

(6) سرور ، أحمد فتحي ، النقض في المواد الجنائية، (القاهرة، دار النهضة العربية، 1997م) ص256.

ولا شك أن موضوع (الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي بين الشريعة والقانون مع التطبيق في المملكة العربية السعودية) يعتبر من الموضوعات المهمة والتي لم تنل قسطا وافرا من الدراسات الأمر الذي دفع الباحث إلى اختياره لعله يضيف للباحثين في عمل دراسات متخصصة مماثلة ، سائلاً الله تعالى التوفيق والسداد .

الفصل التمهيدي

أولاً : مشكلة الدراسة :

لقد عرفت الشريعة الإسلامية وكان لها قصب السبق فيما أخذ به حالياً من نظم وقواعد إجرائية، ولا سيما في مرحلة المحاكمة، حيث عرفت الشريعة علانية المحاكمة، وشفويتها، ومشروعية الأدلة، وحصانة القضاة وحيادهم والمساواة بين الخصوم[7]. كما عرفت الشريعة مبدأ عدم جواز قضاء القاضي بعلمه الشخصي[8]. أما بالنسبة لأدلة الإثبات فتحتل أهمية كبيرة في الإثبات الجنائي الإسلامي حيث لا يصار إلى القضاء بدونها، فمن مقتضيات إقامة العدالة في الشريعة إقامة الدليل المدعى به، إذ لا يسوغ الحكم دون دليل ولهذا توجب الشريعة الإسلامية على القاضي ألا يصدر حكمه بأدلة المدعي إلا بعد استيفاء أدلة خصمه واقتناعه بها.

فقد ورد في فصول الأحكام[9] أنه " ينبغي للقاضي العدل إذا جلس في مجلس حكمه أن يقَدم إليه من الخصوم الأول فالأول، وإذا تعذر معرفة الأول أقرع القاضي بين الخصوم ، وإذا دعت الضرورة إلى تقديم أحدهم فإنه يقدمهم كالمسافر ومن يخشى فواته ولا يقدم شريفاً على من هو دونه، ويعدل بين الخصمين في الاستماع ولا ينهرهما، ولا يلقن الواحد منهما حجته فقد ثبت عن رسول الله ε أنه قال " من ولي القضاء فليعدل بين الخصمين في المجلس والإشارة ولا ينهرهما ".

([7]) عثمان، محمد فتحي ، حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والفكر القانوني الغربي (بيروت، مطابع دار الشروق، ط1 ، 1982م) ص128 وما بعدها.

([8]) البهي، أحمد عبد المنعم ، من طرق الإثبات في الشريعة وفي القانون (القاهرة، دار الفكر العربي، 1965م) ص11.

([9]) فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام لأبو الوليد سليمان بن خلف الأندلسي الباجي (تحقيق محمد أبو الأجفان، تونس، الدار العربية للكتاب ، 1985م) ص 130 وما بعدها .

وتهدف الشريعة من تطبيق الإجـراءات الجزائيـة وقواعـد الإثبـات تحقيـق الضمانات في نظام قضائي أقيم على الكفاءة والعـدل ، فالعدالـة مـن أسـمى غايات هذه الشريعة ، وركن مؤسساتها ،فلا يقوم القضاء إلا بها.

أما في القانون الوضعي فان سلطة القاضي الجنـائي فـي تقـدير الأدلـة يحكمها مبدأ حريـة القاضـي الجنـائي فـي تكـوين قناعتـه أو مـا يعـرف بالاقتناع الحر، فقد وافقت الجمعية التأسيسية الفرنسـية فـي جلسـتها المنعقـدة في 1791/1/18م على مشروع القانون الـذي يقضـي بـإقرار مبـدأ شـفوية المرافعة والرجوع إلى نظـام المحلفـين الـذي كـان قـد هجـر منـذ القـرن السادس عشر، واعتماد مبدأ حرية الاقتناع كبديل لمبـدأ الإثبـات المقيـد وقـد استقر هذا المبدأ أو النظام الذي أطلق عليـه نظـام الأدلـة المعنويـة أو نظـام الاقتناع الشخصي في المادة 427 مـن قـانون الإجـراءات الجنائيـة الحاليـة والتي جاء فيها "خلافاً للحالات التي نص عليها القـانون فـإن الجـرائم يمكـن إثباتها بأي طريق للإثبات ويحكم القاضي بناء على اقتناعه الشخصي[10].

وقد أخذ المشرع المصـري بمبـدأ حريـة اقتنـاع القاضـي، فتـنص الفقرة الأولى مـن المـادة 302 مـن قـانون الإجـراءات الجنائيـة أن يحكـم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التـي تكونـت لديـه بكامـل حريتـه، وقـد قضت محكمة النقض أن أساس الأحكـام الجنائيـة إنمـا هـو حريـة قاضـي الموضوع في تقدير الأدلة القائمة فـي الـدعوى، ولا يصـح مطالبتـه بالأخـذ بدليل معين إلا إذا قيده القـانون بـذلك.. كمـا أنـه لا يحكـم بالإدانـة إلا إذا اطمأن ضميره إليها[11].

---

(10) رحومة، موسى مسعود. حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته، دراسة مقارنة (الـدار الجماهيريـة للنشـر والتوزيع والإعلان ، ط1 ، 1988) ص29. والملا، سامي صادق حرية القاضي الجنائي في الاقتناع (مجلـة الأمـن العام، القاهرة، العدد الستون، ذو القعدة، 1393هـ) ص149.

(11) نقض 28 أكتوبر 1946م، مجموعة القواعد القانونية، ج7، رقـم 212، ص194. ونقـض 4 ينـاير، 1970م، مجموعة أحكام النقض، س21 رقم 3، ص17 ، حرية القاضي الجنائي في الاقتناع لسامي المـلا ، المرجـع السـابق، ص149.

وإذا كان القانون قد أخذ بمبدأ القناعة وحرية تقدير الأدلة للقاضي ، نجد أن الشريعة الإسلامية كما أشرنا سابقا قد أخذت بهذا المبدأ إلا أنه ليس بصورته المطلقة فإذا كانت الشريعة قد قيدت الحكم في مجال الحدود لأن حق الله فيها هو الغالب على حق العبد، ويتمثل حق الله في هذه الشريعة بمقتضيات المصلحة العامة، ولهذا أوجبت في إثبات جريمة الزنا الإقرار أو توافر أربعة شهود عدول وحد الشرب لا يثبت إلا بالإقرار أو بشاهدين والسرقة لا تثبت إلا بشاهدين أو الاعتراف ولكن هذا التقييد لا يرد على سلطة القاضي في تقدير الأدلة، وإنما يرد على الأدلة المقبولة في الإثبات وإن كانت بعض الاتجاهات الفقهية في الشريعة الإسلامية، لا تقيد القاضي بما أورده الشارع الحكيم من أدلة في حالة انعدامها، وإنما يمكنه أن يلجأ إلى كافة الوسائل للوصول إلى الحقيقة بما فيها الاجتهاد لقوله صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يبعث معاذاً إلى اليمن (كيف تقضي إذا عرض لك قضاء ؟ قال أقضي بكتاب الله . قال فإن لم تجد في كتاب الله ؟ قال فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال فإن لم تجد في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا في كتاب الله ؟ قال أجتهد رأي ولا آلو فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره وقال الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله)[12] . ومن أصحاب هذا الاتجاه شيخ الإسلام ابن تيميه وابن القيم ، ويقول ابن قيم الجوزية "الله سبحانه أرسل رسله وأنزل كتبه، ليقوم الناس بالقسط وهو العدل الذي قامت به الأرض والسموات، فإذا ظهرت أمارات العدل، وأسفر وجهه بأي طريق كان، فثم شرع الله ودينه"[13].

---

(12) سنن أبي داود لسليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي المتوفى سنة 275هـ (تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر ، بدون سنة نشر) ج3 ، حديث رقم 3592 ، ص303 .

(13) اعلام الموقعين عن رب العالمين لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزيه المتوفى عام 751هـ (مراجعة وتعليق طه عبد الرؤوف سعد ، دار الجيل ، عام 1973م) ج1 ، ص96 .

وحيث إن العقوبات في الشريعة الإسلامية إما عقوبات مقدرة شرعا بحيث عين الشارع نوعها وبين مقدارها ولم يترك للقاضي حق تعيينها أو تقديرها ، أو عقوبات غير مقدرة وهي التي ترك للقاضي اختيار نوعها من بين عقوبات متعددة وتقدير كمها.فالحدود في الشريعة الإسلامية من العقوبات المقدرة من الشارع الحكيم التي لا مجال للقاضي أن يجتهد في عقوبتها بحيث يزيدها أو ينقصها أو يستبدلها بغيرها أو يوقف تنفيذها ويجتهد استثناء في توقيف العقوبة لمرض أو لبرد أو لحر يؤثر على الموقوف ، وكذلك في القصاص ، ما لم يعفو ولي أمر القتيل مع عدم ترك التعزير المناسب للفاعل حفاظا على مصلحة الجماعة.

والحدود لا تثبت إلا بأدلة الإثبات الشرعية وهي الإقرار أو الشهادة ، حيث ضيقت الشريعة الإسلامية إثباتها درءا للشبهات.

أما التعازير في الشريعة الإسلامية فهي من العقوبات غير المقدرة والتي أعطي القاضي فيها مجالا واسعا (فترك له حق اختيار العقوبة وتقديرها طبقا لما يراه من ظروف الجريمة والمجرم ، وطبقا لما يؤديه إليه اجتهاده ورأيه الشخصي في تقدير هذه الظروف)[14] لذلك فهي تثبت بجميع طرق الإثبات الشرعية بما فيها القرائن.

ومما يدعم حرية القاضي واقتناعه بأدلة الإثبات قوله سبحانه وتعالى : ((يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ))[15].

([14]) عودة، عبد القادر ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي (بيروت ، مؤسسة الرسالة، ط9 ، 1408هـ - 1987م) الجزء الأول ، ص 145.

([15]) سورة ص، الآية 26.

والرسول ε يقول "إنكم تختصمون إلي ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فأقضي له على نحو ما أسمع منه ، فمن قطعت له من حق أخيه شيئا ، فلا يأخذه، فإنما أقطع له به قطعة من النار "[16]. متفق عليه .

معنى ذلك أن الشريعة الإسلامية أخذت بأكمل صورة لسلطة القاضي الجنائي في تقدير أدلة الإثبات وأدركت أبعاد هذه السلطة فأقامتها على أساسها الطبيعي ألا وهو مبدأ القناعة القضائية.

لذا فإن دراسة الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي وحريته في تقدير أدلة الإثبات في الشريعة الإسلامية ومناقشة الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي في القوانين الوضعية وبيان وجهة نظر المنظم السعودي في هذا الصدد يعتبر من المطالب الهامة لمشكلة الدراسة.

ثانياً : أهمية الدراسة :

تعتبر مهنة القضاء من أسمى المهن نظراً لما تقوم به من دور مهم في تحقيق العدالة ، لذلك تكمن أهمية هذه الدراسة في أن الشريعة الإسلامية تلزم القاضي الجنائي بأنه عند استقاء دليل الإدانة يجب عليه أن يكون من طريق مشروع بينما له استقاء دليل البراءة من طريق غير مشروع ، مع أن الأصل استقاء دليل البراءة من طريق مشروع وذلك بسبب[17] أن العدالة لا تتأذى كثيرا من إفلات مجرم من العقاب بل تتأذى كثيرا من توقيع العقاب على بريء، ولأن اقتناع القاضي الشخصي بالإدانة يزول بدليل البراءة ولو استقى من طريق غير مشروع كما أنه يثير شكاً معقولا على الأقل حيالها.

ويدل على ذلك ما ذكر ابن حزم رحمه الله تعالى بقوله " أن كل عمل لا يصح إلا بصحة مالا يصح فإن ذلك العمل لا يصح أبدا ، وكل ما لا يوجد إلا بعد وجود ما لا يوجد فهو غير موجود أبدا ، وكل مالا يتوصل إليه إلا بعمل حرام

---

(16) صحيح مسلم بشرح النووي لأبو زكريا يحيى بن شرف النووي (مكتبة أبو بكر الصديق) ، كتاب الأقضية ، باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة (1713) ج 12 ، مجلد 6 ، ص3 .

(17) عوض ، محمد محيي الدين ، إثبات موجبات الحدود والقصاص والتعازير في الشريعة والقانون(أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية ، 1417هـ ـ 1997م) ص 28.

فهو حرام أبدا ، وكل شيء بطل سببه الذي لا يكون إلا به فهو باطل أبدا ، والمعصية لا تنوب عن الطاعة"[18].

وحيث أن القاضي يتأثر بسمات شخصية ومجموعة من العوامل النفسية وعوامل الخبرة في نفس الوقت ، فإن تكوينه لرأي معين في الإثبات الجنائي واقتناعه بهذا الرأي يشكل عملية الاقتناع الذاتي له ليصدر حكمه.

ومهمة القاضي مهمة عدالة وليست مهمة إدانة فيتعين عليه أن يستقصي أدلة الاتهام ويفحصها ويدقق فيها ليخلص إلى الإدانة كما يجب عليه أن يتقصى وبنفس القدر أدلة البراءة ويمحصها ليخلص إلى إخلاء سبيل المتهم[19].

لذلك فإنه دراسة الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي ودوره في الإثبات تعتبر من الدراسات الهامة وذلك من الناحيتين العلمية والعملية :

فمن الناحية العلمية أن موضوعات القضاء نالت اهتمامات العديد من الباحثين في مجال العدالة الجنائية وأيضاً شخصية القاضي لاقت اهتماماً لبعض الباحثين في مجال العلوم القانونية إلا أن موضوع الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي ودوره في الإثبات لم ينل قسطا وافرا من الدراسات لذلك سوف تضيف هذه الدراسة رؤية جديدة للباحثين في مجال العدالة الجنائية تكون بمثابة انطلاقة لعمل دراسات وأبحاث أخرى مماثلة في هذا المجال .

ومن الناحية العملية يمكن الاستفادة من مثل هذه الدراسة بالنسبة لكافة العاملين في مجال العدالة الجنائية .

ثالثاً : أهداف الدراسة :

تهدف هذه الدراسة إلى تحقيق الأهداف التالية :-

4- بيان المقصود بالاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي بوجه عام .

5- بيان مدى مشروعية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي، ومبرراته.

([18]) الإحكام في أصول الأحكام لأبي محمد علي بن سعيد ابن حزم (المطبعة المنبرية، بدون تـاريخ نشـر) ج3 ، ص308 .

([19]) إثبات موجبات الحدود والقصاص والتعازير لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض المرجع السابق ، ص7.

6- بيان أهم مصادر الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي.

7- بيان أهم المعايير التي يبني عليها القاضي الجنائي اقتناعه.

8- بيان أهم الإستثناءات على سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة ، ومناقشتها.

9- بيان أهم تطبيقات مبدأ حرية الاقتناع في مجال الإثبات الجنائي.

10- بيان أوجه الشبه وأوجه الاختلاف في تطبيق مبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي وحريته في تقدير أدلة الإثبات بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، وموقف المنظم السعودي من هذا المبدأ .

رابعاً : تساؤلات الدراسة :

تسعى هذه الدراسة الإجابة على التساؤلات التالية :

س1: ما مشروعية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي؟ ومبرراته؟

س2: ما أهم مصادر الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي ؟

س3: ما هي معايير الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي ؟

س4: ما أهم الإستثناءات على سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة ؟

س5: ما أهم تطبيقات مبدأ حرية الاقتناع للقاضي في مجال الإثبات الجنائي ؟

س6: ما أوجه الشبه وأوجه الاختلاف في تطبيق مبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي وحريته في تقدير أدلة الإثبات بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، وما موقف المنظم السعودي من هذا المبدأ ؟

خامساً : مفاهيم أهم المصطلحات الخاصة بالدراسة :

1- القناعة القضائية:

القناعة لغة[20] : قَنِعَ بنفسه قَنَعاً وقَناعةً : رَضِيَ ؛ ورجل قانِع من قـوم قُنـعٍ ؛ وقَنِع من قوم قَنِعِين ؛ وقَنِيع من قوم قَنِيعينَ وقُنَعاء.

والمَقْنَع ؛ بفتح الميم: العَدلُ من الشهود ؛ يقال: فلان شاهد مَقْنَع أي رضاً يقْنَع به. والقنَاعةُ ، بالفتح: الرِّضا بالقِسمِ. قال ابن بري: يقال قَنِعَ ؛ فهو قانع وقَنِع وقَنِيـع وقَنُوع أي رَضِيَ.

القناعة القضائية: نوع من اليقين الخاص بالعمل القضائي الجنائي بوجـه عـام، وتقدير الأدلة بوجه خاص، فهي ليست مجرد رأي أو اعتقـاد أو بـين الاعتقـاد واليقين، فخصائصها المميزة لا تعرف هذا التدرج في مراحل التقييم للأدلة فهـي واحدة من إثباتاتها لتقدير قيمة الدليل، لأنها تقوم على أسس عقلية منطقية رصينة في تحديد النتائج من مقدمتها، أو هي حالة ذهنية وجدانية، وهي محصـلة عمليـة علمية منطقية تستثيرها وقائع القضية الجنائية في نفس القاضي فتنشـط ذاكرتـه لتستدعي القواعد القانونية ذات الوقائع النموذجية المرشحة للتطـابق مـع وقـائع القضية، وتتوقف طبيعة هذه الحالة على نتيجة عملية المطابقة بين الواقعتين، فقـد تكون ارتياح ضمير القاضي وإذعانه تسليمه -بدون أدنى شك- بثبوت الوقائع في جانب المتهم، وثبوت مسئوليته عنها، وقد تكون الشك في ذلك، وأخيراً قد تكـون ارتياح ضميره وإذعانه أو تسليمه بعدم حدوثها أو عدم مسـئولية المـتهم عنهـا مطلقاً[21]

الاقتناع الذاتي : هو عملية نفسية ونشاط ذهني يرتبط بالقيم والجانب الأخلاقي بما يحويه من قيم مطلقة كالخير والحق والمنطق والأخلاق ، ويتأثر هذا الاقتناع بالخبرات السابقة للقاضي[22].

([20]) لسان العرب لجمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور (بيروت، دار صادر ، الطبعـة الثالثـة، 1414هـ - 1994م) ج1 ، ص 297-298.

([21]) الجوهري ، كمال عبد الواحد ، تأسيس الاقتناع القضائي والمحاكمة الجنائية العادلة (القـاهرة ، دار محمـود للنشر والتوزيع،1999م) ص14 وما بعدها.

([22]) بيهي ، الحبيب ، اقتناع القاضي ودوره في الإثبات الجنائي (رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية العلـوم القانونيـة والاقتصادية بجامعة محمد الخامس بالمغرب، غير منشورة 1989م) ص570 .

2- مبدأ حرية القاضي الجنائي في الاقتناع :

يقصد به أن القاضي لا يتقيد بإتباع وسائل أو أدوات معينة للكشف عن الحقيقة، وإنما له أن يسلك الطريق الذي يراه مناسباً أو منتجاً للوصول إلى الحقيقة والكشف عنها ومفاد ذلك أن القاضي الجنائي له سلطة قبول أي دليل يحقق لديه الاقتناع، فمن سلطته بل من واجبه أن يستمد وسيلة إثبات الوقائع من أي مصدر[23].

تعريف القضاء :

3- القضاء لغة[24] يشتمل على عدة معان منها :

الحكم : ومنه قوله تعالى: ((وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ))[25] . أي حكم وأوجب وحتم وأصل الحكم المنع ومنه سمي القاضي حاكماً لمنعه الظالم من ظلمه وهو القاطع للأمور المحكم لها وأصله القطع والوصل .

الأداء : ومنه قوله تعالى: ((فَإِذَا قَضَيْتُمْ مَنَاسِكَكُمْ فَاذْكُرُوا اللَّهَ))[26]. أي أديتم ومثله ((فَإِذَا قَضَيْتُمُ الصَّلَاةَ فَاذْكُرُوا اللَّهَ))[27]. أي أديتموها .

الإنهاء والتبليغ : ومنه قوله تعالى: ((وَقَضَيْنَا إِلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ فِي الْكِتَابِ))[28]. أي عهدنا وأوصينا ، وقوله تعالى: ((وَقَضَيْنَا إِلَيْهِ ذَلِكَ الْأَمْرَ))[29] . أي أنهيناه إليه وأبلغناه إياه لأن الخبر ينتهي إلى من يبلغه .

الهلاك والفراغ : كما في قوله تعالى: ((فَوَكَزَهُ مُوسَى فَقَضَى عَلَيْهِ))[30] . وقوله تعالى: ((فَمِنْهُمْ مَنْ قَضَى نَحْبَهُ وَمِنْهُمْ مَنْ يَنْتَظِرُ))[31] . أي هلك وقضى نحبه أي

([23]) تأسيس الاقتناع القضائي للجوهري ، المرجع السابق ، ص134 .

([24]) القاموس المحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي (بيروت ، مؤسسة الرسالة، ط، 1407هـ -1987م) ص1708

([25]) الإسراء – الآية 23 .

([26]) البقرة – الآية 200 .

([27]) النساء – الآية 103 .

([28]) الإسراء – الآية 4 .

([29]) الحجر – الآية 66 .

([30]) القصص – الآية 15 .

([31]) الأحزاب- الآية 23 .

حاجته أي فرغ منها، وكذا قوله تعالى: ((فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَراً زَوَّجْنَاكَهَا))[32] .

المضي : كما في قوله تعالى ((ثُمَّ اقْضُوا إِلَيَّ وَلا تُنْظِرُونِ))[33] . أي أمضوا .

الصنع والتقدير : يقال قضاه أي صنعه وقدره ومنه قوله تعالى: ((فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ))[34] . أي صنعهن وقدرهن وخلقهن ومنه القضاء والقدر والواقع أن معاني القضاء في اللغة ترجع إلى معنى واحد هو إمضاء الشيء وإحكامه أو إتمام الشيء والفراغ منه قولاً أو فعلاً .

4- أما القضاء في الاصطلاح :

فقد عرفه الحنفية بأنه : الحكم بين الناس بالحق[35] . وعرفه المالكية بأنه الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام[36] ، وعرفه الشافعية بأنه الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى[37] ، وعرفه الحنابلة بأنه الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومات[38].

والقضاء في القانون: هو حكم المحكمة أو قرارها وبهذا المدلول يطلق لفظ القضاء ويراد به مجموعة الأحكام القضائية التي تصدرها المحاكم على اختلاف مسمياتها وتعدد درجاتها فالقضاء ، قول ملزم يصدر عن ولاية عامة[39] .

---

(32) الأحزاب – الآية 37 .

(33) يونس – الآية 71 .

(34) فصلت – الآية 12 .

(35) بدائع الصنائع لعلاء الدين الكاساني المتوفى سنة 587هـ (بيروت ، دار الكتاب العربي ، ط2 ، 1982م) ج7 ، ص2 .

(36) مواهب الجليل لمحمد بن عبد الرحمن المغربي المتوفى سنة 954هـ (بيروت، دار الفكـر ، ط2 ، 1398هـ ـ) ج6، ص86 .

(37) مغني المحتاج لمحمد الخطيب الشربيني (بيروت ، دار الفكر ، بدون سنة نشر) ج4 ، ص372 .

(38) كشاف القناع لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي (تحقيق هلال مصـطفى هـلال ، بيـروت ، دار الفكـر ، 1402هـ) ج6 ، ص285 .

(39) القاسم ، عبد الرحمن عبد العزيز ، القضاء والتقاضي والتنفيذ ، بحث قانوني فقهي مقارن (المؤلف ، 1403هـ – 1982م) ص15 .

5- الأحكام :

الحكم في اللغة: ورد في لسان العرب الحكْم: العِلْم والفقه قال الله تعالى: ((وآتيناه الحُكْمَ صبياً))[40] أي علماً وفقهاً هذا ليحيى بن زكريا وكذلك قيل في الحكم ، الصمت حكمة وقليل فاعله. والحكْم: العلم والفقه والقضاء بالعدل وهو مصدر حَكَمَ يَحكُم ويروى إن من الشعر لحِكْمَةً وهو بمعنى الحكم ومنه (حديث الخلافة في قريش والحكم في الأنصار)[41] خصهم بالحكم لأن أكثر فقهاء الصحابة فيهم، منهم معاذ بن جبل وأبي بن كعب وزيد بن ثابت وغيرهم. والحكم القضاء وجمعه أحكام . والحكْم : مصدر قولك حَكَمَ بينهم يَحكُم أي قضى ، وحَكَمَ له وحكم عليه . قال الأزهري[42] : الحكْم : القضاء بالعدل[43].

تعريف الحكم في الشرع: هو الإلزام به وفصل الخصومات[44] .

وفي القانون يعرف الحكم: بأنه إعلان القاضي عن إرادة القانون أن تتحقق في واقعة معينة نتيجة قانونية يلتزم بها أطراف الدعوى[45].

6- عدالة :

---

(40) سورة مريم ـ الآية 12 .

(41) مسند الإمام أحمد بن حنبل لأحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني المتوفى سنة 164هـ (القاهرة ، مؤسسة قرطبة ، بدون سنة نشر) ج4 ، حديث رقم 17690 ، ص185 .

(42) هو محمد بن أحمد بن الأزهر بن طلحة بن نوح بن الأزهر أبو منصور الأزهري ، الإمام في اللغة ، ولد بهراة عام 282هـ وكان فقيهاً صالحاً غلب عليه علم اللغة وصنف فيه كتابه التهذيب ، أنظر طبقات الشافعية لأبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن قاضي شهبة المتوفى سنة 851هـ (تحقيق د. الحافظ عبد العليم خان ، بيروت ، عالم الكتب ، 1407هـ) ج2 ، ص144 .

(43) لسان العرب لابن منظور ، المرجع السابق ، المجلد الثاني عشر ، ص 140-141 .

(44) المبدع لإبراهيم بن محد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي المتوفى سنة 884هـ (بيروت، المكتب الإسلامي ، 1400هـ) ج10 ، ص3 .

(45) حسني ، محمود نجيب ، الموجز في شرح قانون الإجراءات الجنائية (القاهرة ، دار النهضة العربية، 1987م) ص43 .

لغة: عَدَل الحَاكِم في الحكم يَعدِلُ عدلاً.. وهو عادِلٌ من قوم عدول وعَدَل عليه في القضية فهو عَادِلٌ، والعَدلُ: الحكْم بالحق ، والعَدلُ من الناس : المَرضِّي قَولُه وحكْمه . وعَدلَ الحكْمَ: أقامه . وعَدلَ الرجل: زَكاه[46]. وقيل هي الاستقامة[47].

والعدالة في الاصطلاح:

هي الاستقامة على طريق الحق بالاجتناب عما هو محظور ديناً ، والعدل في اصطلاح الفقهاء من اجتنب الكبائر ولم يصر على الصغائر وغلب صوابه واجتنب الأفعال الخسيسة[48].

والعدل في القانون:

هو الحصول على المساواة، أي إعطاء كل ذي حق حقه أو وضع الشيء في موضعه الصحيح فالقواعد القانونية تستهدف بالضرورة أن تحقق العدل فالقانون لا يجد مضمونه الصحيح إلا في فكرة العدل[49].

سادساً : الدراسات السابقة :

قمت بالاطلاع على العديد من الدراسات حول موضوع الاقتناع الذاتي للقاضي وأثره في تحقيق العدالة الجنائية وقد تم اختيار الدراسات التالية :

([46]) لسان العرب لابن منظور ، المرجع السابق ، المجلد االحادي عشر ، ص 430-432 .

([47])(3) التعريفات لعلي بن محمد بن علي الجرجاني المتوفي سنة 816هـ (تحقيق إبراهيم الأبياري ، بيروت ، دار الكتاب العربي ، 1405هـ) ج1، ص191 .

([49]) نيبان ، جمالة مولود ، ضوابط صحة وعدالة الحكم القضائي(بغداد ، دار الشؤون الثقافية العامة ، بدون تاريخ نشر) ص143-144.

الدراسة الأولى :

دراسة بعنوان(نظرية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي) دراسـة مقارنـة ،قامت بها مفيدة سعيد سويدان ،عام 1985م ، وذلـك للحصـول علـى درجـة الدكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة ، رسالة منشورة .

شملت الرسالة مقدمة، وباب تمهيدي، وقسمين، وخاتمة .

في المقدمة تناولت الباحثة فيها تحديد محـل الإثبـات وبينـت أن القـول بالطبيعة الذاتية للإثبات الجنائي قول غير مطابق للواقع ، وغير متلائم مع العدالة مؤثرة قيام نظام إثبات موحد في مبادئه وقواعده التفصيلية، الجنائي والمدني وعلى أساس الحرية في تقديم الدليل المشروع من قبل الخصوم، والحرية فـي تكـوين الاقتناع الذاتي للقاضي دون تحديد أو استثناء إلا بالحدود الضيقة جداً .

أما بالنسبة للباب التمهيدي فهو عبارة عن باب تاريخي من فصلين ، تناول الفصل الأول نظام الاقتناع المقيد على مر التاريخ بما في ذلك الشريعة الإسـلامية بالنسبة لجرائم الحدود والقصاص ، وتناول الفصل الثاني نظام الاقتناع الذاتي على مر التاريخ بما في ذلك الشريعة الإسلامية بالنسبة لجرائم التعزير .

أما القسم الأول فكان عن الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي، شمل ثلاثة أبواب ، تناول الباب الأول مبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي وقسـمته الباحثـة إلـى فصلين تناول الفصل الأول ماهية المبدأ وتناول الفصل الثاني نطاق مبدأ الاقتنـاع الذاتي ، أما الباب الثاني فكان عن مصادر الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي وقسمته الباحث إلى فصلين تناول الفصل الأول المصادر المطلقة للاقتناع الذاتي للقاضـي الجنائي ، وتناول الفصل الثاني المصادر المقيدة للاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي .

أما الباب الثالث فكان عن عبء الإثبات وقسمته الباحثة إلى فصلين ، تناول الفصل الأول عبء الإثبات في المسائل الجنائية وتناول الفصل الثاني عدم إثبـات المتهم لبراءته .

أما القسم الثاني فكان عن ضوابط الاقتناع الذاتي للقاضي الجنـائي، وهـو أيضاً من ثلاثة أبواب وخاتمة ، فتناول الباب الأول معيار الاقتناع الذاتي للقاضي

الجنائي وقسمته الباحثة إلى فصلين ، تناول الفصل الأول اليقين القضائي كمعيار للاقتناع الذاتي بالإدانة وتناول الفصل الثاني تفسير الشك لصالح المتهم كمعيار للبراءة الموضوعية ، أما الباب الثاني فكان عن مشروعية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي وقسمته الباحثة إلى فصلين تناول الفصل الأول التقيد بالمبادئ العامة في التحقيق النهائي وتناول الفصل الثاني نزاهة الدليل . أما الباب الثالث فكان عن سلطة محكمة النقض في مراقبة الاقتناع الذاتي للقاضي، واحتوت الخاتمة رأياً حول إمكانية توحيد قواعد الإثبات في المجالين المدني والجنائي وترك القاضي الجنائي والمدني دون أي نوع من القيود غير قيد واجبه القضائي وضميره، ورقابة محكمة النقض من خلال التسبيب .

أهم نتائج الدراسة :

1- إمكانية توحيد قواعد الإثبات في المجالين المدني والجنائي، فقبل أن نُخَلص الإثبات المدني من التقييد، علينا أن نخلص الإثبات الجنائي من الاستثناءات والتي نطاقها لا يستهان به، حيث إن البشرية تجد نطاقاً أصلح وأكثر عدالة من نطاق الإقناع الذاتي للقاضي.

2- ترك القاضي الجنائي والمدني دون أي نوع من القيود غير قيد واجبه القضائي وضميره ورقابة محكمة النقض من خلال التسبيب.

3- ترى الباحثة أنه يجب أن تمتد يد المشرع لوضع النصوص الموحدة، وتحديد المسائل المدنية والجنائية من الشكلية المقيدة مع حرية القاضي في التقدير الحر المسبب، دون أن ننكر بأنه لا يوجد مبدأ عام أو قاعدة عامة يمكن تطبيقها بصورة مطلقة في جميع الأحوال.

وتتشابه تلك الدراسة مع موضوع هذه الدراسة في التأكيد على الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي من حيث بيان معيار الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي ومشروعيته وضوابطه من خلال التقيد بالمبادئ العامة في التحقيق النهائي ونزاهة الدليل إلا أن دراستنا تختلف بأنها تتناول أساس الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي في

ضوء الشريعة الإسلامية والتطبيق الجاري في المملكة العربية السعودية وسـوف يتم مقارنة ذلك مع ما وصلت إليه القوانين الوضعية.

الدراسة الثانية :

دراسة بعنوان (اقتناع القاضي ودوره في الإثبات الجنائي) ، قام بها الحبيب بيهي،عام 1989م وذلك للحصول على درجة الدكتوراه مقدمة إلى كلية العلوم القانونية والاقتصادية بجامعة محمد الخامس بالرباط ، رسالة غير منشورة .

وكان هدف الدراسة معرفة دور اقتناع القاضي فـي الإثبـات الجنـائي ، وتكونت الدراسة من ثلاثة أبواب ، يشتمل الباب الأول على تحديد مفهوم الاقتناع الذاتي وبيان طبيعته وإطار نظري حول مبدأ الاقتناع الذاتي عند القاضي وتأصيله من الوجهتين الفلسفية والسيكولوجية والقانونية .

أما الباب الثاني فاشتمل على مجال تعامل القاضي الجنائي مع أدلة الإثبات وحريته في تقديرها وبيان الشروط والضمانات والتشريعات المقررة وآراء الفقهاء حـول حرية القاضي.

أما الباب الثالث فاشتمل على الإطار النظري الذي يدور حـول الأسـاس الذي تبنى عليه عملية اقتناع القاضي ويتمثل هذا الأساس فيما يخوله المشرع مـن سلطة تقدير للأدلة مع بيان أوجه الرقابة الممكنة على التجاوز المحتمل حصـوله في هذا الصدد .

أهم نتائج الدراسة :

1- أن المشرع يعترف للقاضي الجنائي بسلطة تقدير الدليل وحرية تكوين الاقتناع وسبب ذلك يرجع إلى طبيعة وظيفة القاضي .

2- يتوقف الفهم والإدراك السليم للواقعة على مقومات تتعلق بطبع القاضي وسماته الشخصية ومن ثم فإن التكوين العملي والثقافي للقاضي وكذلك ملكات التصور والتخيل والتذكر والانتباه والتمييز والفهم والإدراك والتجريد والتعميم والتحليل

والاستنتاج وكذلك رهافة الحس وسرعة البديهة وغيرها تشكل مؤثرات توجه سلوك القاضي، وتحدد نمط سلوكه وأسلوب اقتناعه .

وأوصت الدراسة بعدة توصيات تتضمن مجموعة من الإضافات والتعديلات في قانون المسطرة الجنائية المغربي، ومنها:

تعديل مقتضيات الفصل 288 من قانون المسطرة الجنائية المغربي ليصبح كالتالي (يمكن إثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات ما عدا في الأحوال التي يقضي القانون فيها بخلاف ذلك ويحكم القاضي حسب اقتناعه الذاتي) .

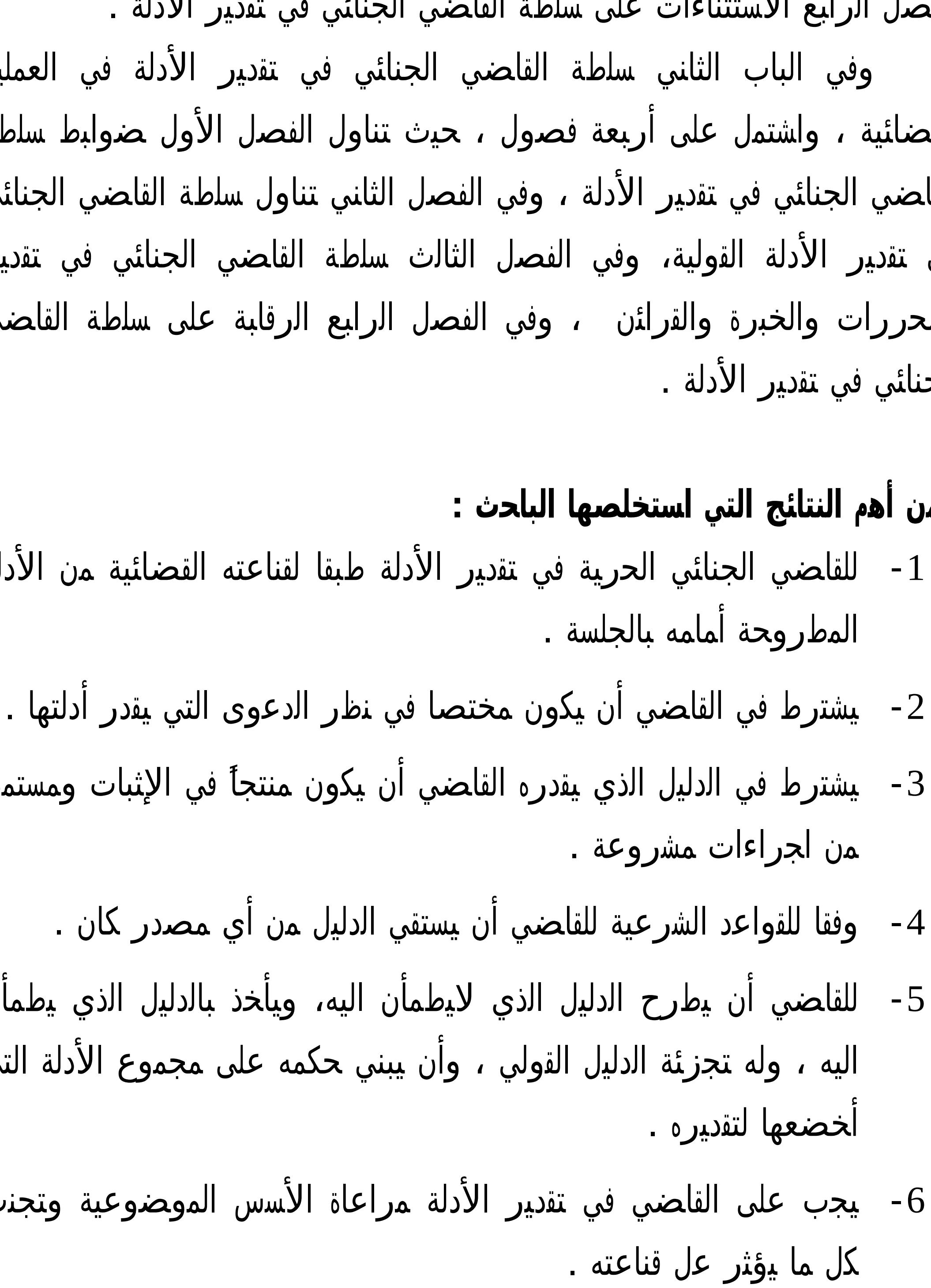
وتتقابل هذه الدراسة مع الدراسة الحالية في اهتمام الدراستين بتناول الاقتناع الذاتي للقاضي ودوره في الإثبات الجنائي وبيان سلطته في تقدير الأدلة بينما تختلف عن دراستنا بتركيزها على الوجهتين الفلسفية والسيكولوجية و تتميز دراستنا عنها بأنها سوف تتناول الاقتناع الذاتي في الشريعة الإسلامية والتطبيق في المملكة العربية السعودية .

الدراسة الثالثة :

دراسة بعنوان (سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة ، دراسة مقارنة) قام بها فاضل زيدان محمد ، عام 1992م وذلك للحصول على درجة الدكتوراه ، مقدمة الى كلية القانون في جامعة بغداد ، رسالة منشورة.

تناول الباحث موضوع سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة في القانون والقضاء العراقي مقارنا بالقوانين العربية والأجنبية .

وقد قسم الباحث هذه الدراسة الى فصل تمهيدي وبابين ، حيث تناول في الفصل التمهيدي التأصيل التاريخي في تقدير الأدلة ، واشتمل على ثلاثة مباحث ، تناول في المبحث الأول تقييم الموقف الفقهي للمراحل التاريخية التي مر بها القاضي والاثبات وتناول في المبحث الثاني سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة في مرحلة القضاء الخاص وفي المبحث الثالث تناول سلطته في مرحلة القضاء العام.



و في الباب الأول مفهوم سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة واشتمل على أربعة فصول ، حيث تناول الفصل الأول سلطة القاضي الجنائي في أنظمة الاثبات المختلفة ، وفي الفصل الثاني تناول ماهية سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة ، وفي الفصل الثالث نطاق سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة ، وفي الفصل الرابع الاستثناءات على سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة .

وفي الباب الثاني سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة في العملية القضائية ، واشتمل على أربعة فصول ، حيث تناول الفصل الأول ضوابط سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة ، وفي الفصل الثاني تناول سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة القولية، وفي الفصل الثالث سلطة القاضي الجنائي في تقدير المحررات والخبرة والقرائن ، وفي الفصل الرابع الرقابة على سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة .

ومن أهم النتائج التي استخلصها الباحث :

1- للقاضي الجنائي الحرية في تقدير الأدلة طبقا لقناعته القضائية من الأدلة المطروحة أمامه بالجلسة .

2- يشترط في القاضي أن يكون مختصا في نظر الدعوى التي يقدر أدلتها .

3- يشترط في الدليل الذي يقدره القاضي أن يكون منتجاً في الإثبات ومستمداً من اجراءات مشروعة .

4- وفقا للقواعد الشرعية للقاضي أن يستقي الدليل من أي مصدر كان .

5- للقاضي أن يطرح الدليل الذي لايطمأن اليه، ويأخذ بالدليل الذي يطمأن اليه ، وله تجزئة الدليل القولي ، وأن يبني حكمه على مجموع الأدلة التي أخضعها لتقديره .

6- يجب على القاضي في تقدير الأدلة مراعاة الأسس الموضوعية وتجنب كل ما يؤثر عل قناعته .

وتتقابل هذه الدراسة مع دراستنا في اهتمام الدراستين بسلطة القاضي الجنائي في تقدير أدلة الاثبات في القوانين العربية والأجنبية بينما تتميز دراستنا عن هذه الدراسة بالتركيز على موضوع الإثبات في الشريعة الاسلامية ومقارنة ذلك بما وصل اليه القانون الوضعي مع بيان التطبيق في المملكة العربية السعودية .

الدراسة الرابعة :

دراسة بعنوان (سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازيـة ، محاولة لرسم معالم نظرية عامة) قام بها حاتم حسن موسى بكـار، عـام 2002م وذلك للحصول على درجة الدكتوراه ، مقدمة إلى كلية القانون والعلوم السياسـية في جامعة المسيرة الكبرى بليبيا ، رسالة منشورة .

تناول الباحث موضوع سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتـدابير الاحترازية في فصل تمهيدي أتبعه بأربعة فصول وخاتمة .

وجعل الفصل التمهيدي مجالاً لدراسة رد الفعل الاجتماعي تجاه الجريمـة، وتطور سلطة توقيعه تأسيساً على أنه يتسع ليشمل العقوبة بمفهومها الدقيق والتدبير الاحترازي بمعناه المعاصر.

وقد خصص الفصل الأول لدراسة مفهوم سلطة القاضي التقديرية، وبين من خلاله مفهومها في المحيط الجنائي بصفة خاصة.

وأفرد الفصل الثاني لبيان نطاق هذه السلطة بصفة رئيسية على التشـريع الليبي وتطبيقات قضائه ضمن مبحثين، وتناول في أولهما النطاق القـانوني لهـذه السلطة في مجال العقوبة، بينما تناول التدابير الاحترازية بالمبحث الثاني.

ورصد الفصل الثالث لبيان المعايير والضوابط التي يسترشد بها القاضـي بصدد ممارسته لسلطته التقديرية .

أما الفصل الرابع والأخير فقد عالج فيه الرقابة القانونية على هذه السلطة، وحدد مداها والمجال الذي يجب أن تظلله وصولاً للغاية منها، التي هي بالنهايـة علة وجود القانون الجنائي.

أهم نتائج الدراسة:

من أهم النتائج التي استخلصها الباحث من خلال أطروحته:

1- التأكيد على أهمية انحسار مجال الاختيار النوعي للعقوبة وسيادة العقوبات ذات الحد الأدنى العام والحد الأعلى الخاص ، لما لذلك من أثر في الإقلال من خطر الخطأ القضائي وكفالة قدر معقول من المساواة .

2- يفضل امتداد أثر الظروف القضائية المخففة إلى العقوبات التكميلية الوجوبيـة، تبعاً لتخفيف العقوبة الأصلية حينما يرى القاضي مناسبة ذلك حتى لا يتعـرض المحكوم عليه لعقوبة تكميلية أكثر شدة من العقوبة الأصلية المخففة، ويعد مـن حسن السياسة الجنائية إضافة فقرة جديدة للمادة (29) من قانون العقوبات تبيح التشغيل في المؤسسات الإنتاجية بمقابل يعود على المحكوم عليه والدولة كبديل للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدى توقياً لآثارها السلبية.

وتتقابل هذه الدراسة مع الدراسة الحالية في اهتمام الدراستين بتناول سلطة القاضي الجنائي في تقديرالأدلة التي عن طريقها يتم تقرير الحكم القضائي وتقدير العقوبة والتدابير الاحترازية والتأكيد على دور المنطق في مجالها، ومدى علاقته بعملية التقدير القضائي موضوعياً كان أم شخصياً، تأسيساً على نشاط القاضي الذهني الذي يقوم به والذي يمر عبر عملية منطقية تقود إلى سلامة التقدير سعياً لإعمال أثر القاعدة القانونية، ومن ثم تحقيق الحماية القانونية التي يريدها المنظم من خلال فرضه لقواعد القانون. وتتميز دراستنا الحالية عن هذه الدراسة بأنها سوف تركز على الشريعة الاسلامية والتطبيق في المملكة العربية السعودية .

سابعاً : منهج الدراسة :

تعتمد هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي بناء على النصوص الشرعية من الكتاب والسنة والقواعد الكلية للشريعة المستمدة من الأدلة الشرعية مع دراسة الموضوع دراسة فقهية مقارنة نعرض من خلالها الأدلة لأقوال العلماء ، كما نستعين بكتب القانون عن موضوع الاقتناع الذاتي للقاضي ودوره في

الإثبات الجنائي وتحقيق العدالة وسوف تجمع المادة العلمية والمصادر النظرية من الكتب الفقهية والقانونية والاطلاع على القوانين والأنظمة وشرحها وغير ذلك مما له علاقة بموضوع البحث .

وسوف يتم استخدام دراسة الحالة أيضاً وذلك بالإطلاع على بعض القضايا في المحاكم الشرعية بمنطقة الرياض للوقوف على رأي القاضي والأسباب التي أسس عليها اقتناعه و التي دفعته إلى إصدار الحكم في هذه القضايا .

ثامنا: خطة الدراسة :

وتشتمل على مقدمة ، وفصل تمهيدي ، وسبعة فصول وخاتمة على النحـو التالي :

المقدمة

الفصل التمهيدي : منطلقات البحث ومحدداته :

1- تحديد مشكلة الدراسة.
2- أهمية الدراسة.
3- أهداف الدراسة.
4- تساؤلات الدراسة.
5- مفاهيم أهم المصطلحات الخاصة بالدراسة.
6- الدراسات السابقة.
7- منهج الدراسة.
8- خطة الدراسة.

الفصل الأول : أساس الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي :

المبحث الأول: مبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي.

المبحث الثاني: سيادة مبدأ الاقتناع المختلط ومضمونه في الشريعة الإسلامية.

المبحث الثالث: مبدأ الاقتناع الذاتي ومراحل الدعوى الجنائية.

الفصل الثاني : مصادر الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي :

المبحث الأول: المصادر المباشرة للاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي.

المبحث الثاني: المصادر غير المباشرة للاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي.

الفصل الثالث : مشروعية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي :

المبحث الأول: تقيد القاضي الجنائي بالمبادئ العامة في التحقيق.

المبحث الثاني: مشروعية الأدلة الجنائية المقدمة في الدعوى.

الفصل الرابع : معايير الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي :

المبحث الأول: اليقين معياراً للإدانة.

المبحث الثاني: تفسير الشك لصالح المتهم معياراً للبراءة .

الفصل الخامس : عبء الإثبات في الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي :

المبحث الأول: ماهية دور القاضي الجنائي في تقدير أدلـة الإثبـات فـي الوقائع الجنائية.

المبحث الثاني: الإستثناءات على الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي في تقدير أدلة الإثبات.

المبحث الثالث: عبء الإثبات حول الاقتناع الذاتي في نطاق أحكام الشريعة الإسلامية.

الفصل السادس : الرقابة على الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي :

المبحث الأول: ماهية الرقابة على الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي .

المبحث الثاني: مجالات الرقابة على الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي .

المبحث الثالث: موقف الفقه من الرقابة علـى الاقتنـاع الـذاتي للقاضـي الجنائي.

الفصل السابع : التطبيق العملي على بعض القضايا في محاكم المملكة العربية السعودية و تحليل مضمونها الخاتمة وتحتوي على أهم : 1- النتائج 2- التوصيات .

المصادر والمراجع .

الفصل الأول

أساس الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي

المبحث الأول: مبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي.

المطلب الأول: ماهية مبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي.

المطلب الثاني: مبررات مبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي.

المطلب الثالث: نظم الإثبات و الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي.

1- مذهب الإثبات القانوني (المقيد) .

2- مذهب الإثبات المطلق (الحر) .

3- مذهب الإثبات المختلط (الوسط) .

المبحث الثاني: سيادة مبدأ الاقتناع المختلط ومضمونه في الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول : الجرائم في الشريعة الإسلامية .

المطلب الثاني : العقوبات المقررة للجرائم ومضمون إثباتها .

الفرع الأول : العقوبات المقررة للجرائم في الشريعة .

الفرع الثاني : مضمون إثبات الجرائم في الشريعة وتطبيق العقوبات المقررة عليها .

المبحث الثالث: مبدأ الاقتناع الذاتي ومراحل الدعوى الجنائية

1- مرحلة التحقيق .

2- مرحلة المحاكمة .

الفصل الأول

أساس الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي

تمهيد وتقسيم :

القاضي في الشريعة الإسلامية نائب عن الخليفة في إنهاء النزاع ، وقطع الخلاف. وذلك بتطبيق الأحكام الشرعية ، وتنفيذها على الخصوم . والقاضي ممثل الأمة في إحقاق الحق ، وإيصاله إلى أصحابه ، وهو القصد الأكبر من القضاء . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (إن الناس إذا رأوا الظالم فلم يأخذوا على يديه أوشك أن يعمهم الله بعقاب منه)[50].

والقاضي وقد أنيطت به مهمة إقامة العدل بين الناس عليه أن يتحرى وجه الحق في الدعوى من البينات التي تتعدد طرق إثباتها . وكل الأدلة التي تطرح على القاضي تحتمل الصدق والكذب ، فعليه أن يمحصها ويختار من بينها ما هو جدير بالثقة للوصول إلى الحقيقة التي يتوخاها[51].

وقد قال صلى الله عليه وسلم (القضاة ثلاثة : اثنان في النار وواحد في الجنة ، رجل علم الحق فقضى به فهو في الجنة ، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار ورجل جار في الحكم فهو في النار)[52].

ومن يطلع على كتب الفقه الإسلامي وما وصل إليه القانون الوضعي في موضوع الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي يجد أن أبعاد هذا الموضوع (محل الدراسة) تتضح كلما تعددت الجرائم الجنائية وأصبحت الجريمة ترتكب من خلال شخص أو أشخاص لديهم الدراية الكافية بالقانون ولديهم معرفة بالطرق التي من شأنها إقناع القاضي أنهم على حق. وكلما زادت معرفة مرتكب الجريمة أو المحامي بالأساليب التي تدحض حجة الادعاء كلما كان الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي هو السبيل للكشف عن الحقيقة . وينعكس ذلك على دوره كقاضي بأن يتطلب منه الدقة والخبرة وقوة الشخصية ، بحيث تجعله يكتشف مكمن الضعف والقوة لدى الخصوم حتى يكون اقتناعه الذاتي يقينياً عند الحكم على المتهم سواء بالبراءة أو الإدانة .

ومن خلال تعدد الجرائم ومصادرها وأهدافها وأشخاصها يتضح بجلاء أبعاد دراسة الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي بحيث يكون أهلاً لأن يحقق في القضية الجنائية ويدرسها دراسة متأنية بحيث لا تؤثر عليه الحيل، سواء من المتهم أو من المدعي، ويحكم بما يمليه عليه ضميره وبما يوافق العقل والمنطق لا بما يوافق هواه وعاطفته، وبسبب ذلك يكون هناك رقابة على معقولية اقتناعه، وهذا ما سوف نتناوله في الفصل ما قبل الأخير من هذه الدراسة إن شاء الله .

([50]) سنن الترمذي لمحمد بن عيسى الترمذي السلمي المتوفى سنة 279هـ (تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون ، بيروت ، دار إحياء التـراث ، بدون سنة نشر) ج4 ، حديث رقم 2168 ، ص467.

([51]) الغماز ، إبراهيم إبراهيم ، الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية ، دراسة قانونية نفسية (عالم الكتب 1400هـ ـ 1980م) ص7 .

([52]) سنن ابن ماجه لمحمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني المتوفى سنة 275هـ (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، بيروت ، دار الفكر ، بدون سـنة نشر) ج2 ، حديث رقم 2315 ، ص776 .

ولأن القاضي بوجه عام والقاضي الجنائي بوجه خاص بشر ، لذلك فهو يتأثر بسمات شخصية وعوامل نفسية كما يتأثر بخبراته السابقة ، فقبوله للدليل أو عدم قبوله وتقديره ووزنه لأدلة الإثبات هو أساس الاقتناع الذاتي له .

لذلك سوف نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث نتناول في المبحث الأول مبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي وفيه نتناول ثلاثة مطالب هي : المطلب الأول ماهية مبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي ، وفي المطلب الثاني مبررات مبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي ، والمطلب الثالث نظم الإثبات ومبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي . ثم في المبحث الثاني نتناول سيادة مبدأ الاقتناع الذاتي المختلط ومضمونه في الشريعة الإسلامية وفي المبحث الثالث والأخير في هذا الفصل نتناول مبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي ومراحل الدعوى الجنائية .

المبحث الأول

مبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي

الشريعة الإسلامية لم تقيد القاضي وتلزمه بأدلة معينة ، فيلتزم بها ولا يحيد عنها إلا في جرائم الحدود والقصاص ، أما في التعازير فتركت للقاضي الحرية في قبول أي دليل يؤدي إلى الحقيقة والوصول إلى تحقيق العدالة المطلقة، ولم يختلف فقهاء الشريعة على ذلك ، وإن كان هناك بعض الاختلافات إلا أنها بشكل عام لا تخالف تقييد القاضي في الحدود والقصاص وإعطائه حرية الاقتناع الذاتي في التعازير. ويقول أستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض أن مهمة القاضي مهمة عدالة وليست مهمة إدانة ، فيتعين عليه أن يستقصي أدلة الاتهام ويفحصها ويدقق فيها ليخلص إلى الإدانة كما يجب عليه أن يتقصى وبنفس القدر أدلة البراءة ويمحصها ليخلص إلى إخلاء سبيل المتهم[53].

ولقد اعتقد البعض أن الشريعة الإسلامية تأخذ بفكرة الأدلة القانونية أو الأدلة الملزمة للقاضي . فما دام العدد المطلوب شرعاً من الشهود قد توافر ولم تثر بحق أحدهم شبهة ما ، التزم القاضي بالحكم بمدلول شهادتهم . وما ذلك إلا نظام الأدلة القانونية الذي يجرد القاضي من أية إمكانية في تقدير الشهادة وإنزالها المنزلة المناسبة لها من الصدق والحق والعدالة[54].

والقول بأن دور القاضي هو مجرد تسجيل نتائج الدليل دون تقديره لقيمته التدليلية في الإثبات لا يقوم على سند ينهض بحمله والصحيح أن الشريعة الإسلامية تأمر القاضي أن يحكم عندما يتبين له الحق ، ذلك أن القاضي وإن كان مجبراً على قبول الشهادة والحكم بموجبها متى توافرت شروطها وانتفت موانعها إلا أن ذلك شرطه أن يطمئن إلى مطابقتها للحق والعدل الذي هو غاية القاضي[55] . وأن قيام الدليل بشروطه كما حدده الفقهاء لا يلزم القاضي بتوقيع العقوبة بمقتضاه إلا إذا اقتنع بصحة الدليل ، خاصة في جرائم التعازير بأنواعها. أما جرائم الحدود والقصاص فالقاضي ملزم بأن يحكم بالأدلة المعتبرة شرعاً متى توافرت شروطها وانتفت موانعها كما أسلفنا ، وعلى ذلك لا يوقع القاضي العقوبة المقررة في جرائم التعازير عند توافر الدليل إلا إذا اقتنع بمطابقة الدليل للحقيقة . فالله سبحانه وتعالى يقول في محكم كتابه : ((إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ))[56]

([53]) إثبات موجبات الحدود والقصاص والتعازير لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص7 .

([54]) خليل ، أحمد ضياء الدين ، مشروعية الدليل في المواد الجنائية ، (طبعة 1983م) ص321.

([55]) نسي ، أحمد فتحي ، نظرية الإثبات الجنائي الإسلامي (القاهرة ، دار الشروق ، 1983م) ص52 .

([56]) سورة النساء : الآية105 .

وقال تعالى : ((يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ))[57] وقال تعالى ((وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ))[58]وقال تعالى: ((وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ))[59]. فإذا لم يكن للقاضي حق في تقدير قيمة وزن الأدلة ليصل إلى العدل الذي هو غايته بموجب هذه النصوص فمتى يكون له ذلك الحق ؟ والرسول صلى الله عليه وسلم يأمر القاضي بألا يقضي بين الناس وهو غضبان حيث قال صلى الله عليه وسلم (لا يحكم الحاكم بين اثنين وهو غضبان)[60] فكيف تسوغ ذات الشريعة أن يقضي القاضي بما لا يطمئن إلى صحته ؟ ولو حملناه على ذلك لقضى وهو مكره ، وهو ما يخالف صريح نصوص الشريعة وآدابها ومنطقها ، وعلى ذلك فالشريعة الإسلامية تأخذ بمبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي بالأدلة التي يطمئن القاضي إلى صحتها ويكون قناعة صادقة بها قبل أن يحكم بموجبها .

ويشمل ذلك جميع جرائم التعازير بأنواعها وكذلك جرائم الحدود والقصاص التي سقط موجبها لوجود شبهة .

ويعزز هذا الاتجاه أن الشريعة الإسلامية تسقط فيها الفريضة بالعذر وتندفع فيها التهمة بالشبهة ، حيث قال الرسول صلى الله عليه وسلم (ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله ، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة) رواه الترمذي[61].وهي مبادئ لم تصل إليها الحضارة الأوربية السائدة اليوم ، وقد بشر بها الإسلام منذ ما يزيد عن ألف وأربعمائة عام . هذه المبادئ الراسخة في الإسلام لا توافق القول بإلزام القاضي بتطبيق أدلة معينة وعقوبات معينة لجميع الجرائم مهما كان اطمئنانه إليها أو عدم اطمئنانه، والصحيح أن الشريعة الإسلامية لا تجرد القاضي من سلطته التقديرية لكل دليل ولا تلزمه إلا بما يطمئن وجدانه إليه ويقتنع ضميره به ، آية ذلك أن دوره في مجال الأخذ بالشهادة قول الحق سبحانه وتعالى : ((مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ))[62].

([57]) سورة ص: الآية26 .

([58]) سورة المائدة: الآية49 .

([59]) سورة النساء: الآية58 .

([60]) سنن الترمذي ، المرجع السابق ، ج3 ، حديث رقم 1334 ، ص620 .

(61) سنن الترمذي ، المرجع السابق ، ج4 ، حديث رقم 1424 ، ص33 .

(62) سورة البقرة: من الآية282 .

وهي عبارة تعني في ذاتها أن على الحاكم ألا يحكم بالشهادة إلا إذا اطمئن قلبه ورضيت نفسه عن عدالة الشاهد وما يشهد به . وذلك لا يتسنى الوصول إليه إلا بالاجتهاد الذي هو من شأن القاضي دون سواه بوصفه الحاكم للمنازعة المطروحة عليه ، لأن الرضا بالشهادة أو رفضها يقتضي أن يتوافر من الأمارات والدلائل التي تسوغ الحكم على الشهادة بالقبول أو الرفض وليس غير القاضي ممن يصح قيامه بهذا الدور[63].

وعلى ذلك فإن الشريعة الإسلامية تأخذ بمبدأ اقتناع القاضي وأن الشك يفسر لصالح المتهم . والقاعدة أن الأدلة القولية وغيرها من الأدلة أمام المحكمة هي دلالتها على صحة الوقائع التي تتضمنها هذه الأدلة سواء في مجال الإثبات أو النفي حتى يرتب القاضي عليها النتائج المقررة ، وهذه الأدلة عند عرضها تعطي القاضي شعوراً بدرجة ما من الثقة أو عدم الثقة فيها ، والقاضي عليه ألا يحكم بالعقوبة إلا إذا توافرت له الثقة في صحة ما عرض عليه ، وهو الذي نعبر عنه بمبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي . وسوف نتناول تطبيق الشريعة الإسلامية لنظام الإثبات في المبحث الثاني من هذا الفصل إن شاء الله .

ولقد سار هذا المذهب في بناء الأحكام مسيرات عدة بحسب الظروف الاجتماعية والتشريعية المحيطة بكل وطن ، ففي فرنسا لم يعرف هذا إلا بعد الثورة الفرنسية استجابة لنداءات فولتير وبوتييه وغيرهما ، حيث ثاروا في مواجهة نظام الأدلة القانونية الملزمة للقاضي مهما كانت درجة صدقها ومدى مطابقتها للحقيقة ، فطالما وقعت أشد العقوبات بناء على أدلة قانونية لم يجد القاضي بداً من الإذعان لمدلولها مهما كانت درجة اقتناعه بها ، ذلك أن دور القاضي في نظام الأدلة الملزمة كان دوراً آلياً فقط إذ يتحقق من طهارة الشهود وعددهم ، ثم بعد ذلك عليه الإذعان لمدلول شهادتهم وفي ذلك خطر أي خطر على العدالة والحقيقة[64].

---

(63) حسان ، حسين حامد ، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي (القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1971م) ص141 .

(64) الشهادة كدليل إثبات لإبراهيم الغماز ، المرجع السابق ، ص628 .

المطلب الأول : ماهية مبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي :

لكي نصل إلى معرفة ماهية مبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي لابد قبل ذلك أن نعرف الإثبات ، وذلك لأنه متصل اتصالاً وثيقاً بأي عمل قضائي في سبيل إظهار الحقيقة والوصول إلى الحكم النهائي .

تعريف الإثبات في اللغة :

الإثبات لغة مأخوذ من ثبت الشيء ثبوتاً أي دام واستقر فهو ثابت . وثبت الأمر : بمعنى تحقق وتأكد ، ويقال أثبته أي عرفه وأكده بالبينات والإثبات يعني وجود الحق بالدليل ، كما يطلق ويراد به إقامة الحجة ، وأثبت حجته أقامها وأوضحها . وفي القرآن الكريم ((يُثَبِّتُ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا بِالْقَوْلِ الثَّابِتِ))[65]. فيعني الإثبات على ذلك الدليل أو البينة أو الحجة[66].

تعريف الإثبات في الشريعة :

هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أو واقعة معينة تترتب عليها آثار [67].

كما عرفه البعض بأنه :

فعل يصدر من المدعي يبرهن بموجبه على صدق دعواه ضد المدعى عليه[68].

كما عرفه أستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض حينما وضع تعريفاً شرعياً قانونياً للإثبات حيث ذكر أنه العملية الشرعية أو القانونية التي يقوم بها المدعي أمام القضاء لإظهار حقه أو حق المجتمع ، وذلك عن طريق البينات [69].

كما بين المراد بالإثبات في الحدود بأنه عملية إقناع القاضي بأن واقعة موجبة لحد قد حصلت أو لم تحصل بناء على حصول واقعة أو وقائع أخرى وثيقة الصلة بها[70].

وعرف ابن القيم رحمه الله تعالى[71] البينة في الشرع بأنها اسم لما يبين الحق ويظهره .

ونرى أن الإثبات في الشريعة يمكن تعريفه كالتالي :

([65]) سورة إبراهيم: الآية27 .

(66) لسان العرب لابن منظور ، المرجع السابق ، ا لد الثاني ، ص19 ـ 20، وأنظر المعجم الوسيط لإبراهيم مصطفى وآخرون ، (المكتبـة الإسلامية ، بدون سنة نشر) الجزء الأول ، ص93 .

(67) دفع الله، حيدر أحمد، المدخل لقانون الإثبات ، دراسة فقهية قانونية تطبيقية مقارنة (طبعة1 ، 1420هـ ـ 1999م) ص27.

(68) الناهي ، صلاح الدين ، فذلكة في الإثبات القضائي في الشرع الإسلامي (مجلة القانون المقارن ، بغداد ، دار الطبع والنشر الأهلية ، العددان الرابع والخامس ، 1972م) ص15 .

([69]) إثبات موجبات الحدود والقصاص والتعازير لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص64 .

([70]) إثبات موجبات الحدود والقصاص والتعازير لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص66

(71) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن قيم الجوزيه (1415هـ ـ 1995م) ص19.

هو الطرق الشرعية التي يقوم بها المدعي أمام القضاء لإظهار حقه أو حق المجتمع .

فقولنا الطرق : ويبين أن الإثبات يكون بطريقة من الطرق أي البينات .

الشرعية : أي التي جاءت بها الشريعة الإسلامية .

المدعي : لأن الإثبات دائماً يكون عبئه عليه في بداية القضاء أو المحاكمة .

أمام القضاء : أي إلى القاضي الشرعي صاحب الاختصاص والولاية من ولي الأمر .

حقه أو حق المجتمع : لأنه مشروع لكل مجني عليه المطالبة بحقه الشخصي ، ومشروع له كذلك المطالبة بالضرر الحاصل على المجتمع من الجريمة ويكون ذلك حسبة .

تعريف الإثبات في القانون :

ذهب كثير من فقهاء القانون الجنائي في سبيل تحديد معنى الإثبات مذاهب شتى ، وتباينت تعريفاتهم للإثبات باختلاف وجهة نظر كلٍ منهم والمنظور الذي ينظر من خلاله[72].

فقد عُرف الإثبات الجنائي بأنه إقامة الدليل لدى السلطات المختصة بالإجراءات الجنائية على حقيقة قيام الجريمة أو عدم قيامها وبالطرق المشروعة قانوناً وبيان نسبتها إلى المتهم وشركائه[73].

كما عُرف الإثبات في المواد الجنائية بأنه النتيجة التي تحققت باستعمال وسائل الإثبات المختلفة ، أي إنتاج الدليل[74].

وكذلك عرف الإثبات الجنائي بأنه الوصول بالدليل المقدم في الدعوى الجنائية في مراحلها المختلفة سواء بالنفي أو الإثبات ، وبطريقة مشروعة إلى مبلغ اليقين القضائي[75].

([72]) عابد ، عبد الحافظ عبد الهادي ، الإثبات الجنائي بالقرائن (1989م) ص62 .

(73) سويدان ، مفيدة سعيد ، نظـرية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي ، دراسـة مقارنة (رسالـة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقـوق بجامعـة القاهرة، منشورة ، 1985م) ص2 .

(74) مصطفى ، محمود محمود ، الإثبات في المواد الجنائية ، النظرية العامة (القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجـامعي ، ط1، 1977م) ج1 ، ص3

(75) الإثبات الجنائي بالقرائن لعبد الحافظ عبد الهادي عابد ، المرجع السابق ، ص65 . ولمزيد من تعريفات للإثبات أنظر إلى أبو الوفاء ،أحمد ، التعليق على نصوص قانون الإثبات (الإسكندرية ، منشأة المعارف، ط2 ، 1981م) ص13 . وأحمد ، هلالي عبد الإله ، النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية ، دراسة مقارنة بين النظم الإجرائية اللاتينية والجرمانية والاشتراكية والانجلوسكسونية والشريعة الإسـلامية (القـاهرة ، ط1 ، 1987م) ص15 وما بعدها .

ونرى أن الإثبات في القانون يمكن تعريفه كالتالي :
هو الطرق القانونية التي يقوم بها المدعي أمام القضاء لإظهار حقه أو حق المجتمع.

لمحة موجزة عن أهمية الإثبات :

يعتبر موضوع الإثبات من أهم وأدق المسائل التي تواجه القاضي بوجه عام والجنائي على وجه الخصوص ، ذلك لأن الإثبات في المسائل الجنائية ينصب في الغالب على وقائع مادية ونفسية ، يكون متعذراً إثباتها ، بخلاف الحال في المسائل المدنية التي يكون محل الإثبات فيها وقائع قانونية يسهل إعداد الدليل بشأنها سلفاً[76].

ويتجلى اهتمام التشريع الإسلامي بالإثبات واضحاً في ورود الأمر بالإشهاد على كثير من التصرفات في عدد من آيات القرآن الكريم فقد ورد الأمر بالإشهاد على البيع والطلاق والرجعة والوصية بل جعل من الإشهاد على بعض العقود شرطاً لصحتها كعقد الزواج ، وأمر بكتابة الدين أمراً يتردد بين الوجوب والندب ، واشترط لإثبات جرائم الحدود نصاباً معيناً من الشهود وحدد نصاباً للشهادة في المعاملات كذلك . وشرط لقبول الشهادة عدالة الشهود لأن الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب ويترجح جانب الصدق بعدالة الشهود ، ومنع تبعاً لذلك قبول شهادة غير العدول وهم من اشتهروا بالكذب وسوء الخلق وارتكاب الجرائم الحدية إلى غير ذلك[77].

كما يعتبر الإثبات الوسيلة العملية التي يعتمد عليها الأفراد في صيانة حقوقهم المترتبة على الوقائع ، والأداة الضرورية التي يعول عليها القاضي في التحقق من الوقائع القانونية ، حتى أنه يصح القول بأن كل نظام قانوني وكل تنظيم قضائي يقتضي ـ حتماً ـ وجود نظام للإثبات[78].

والإثبات هو صاحب الدور الحاسم في مصير الدعوى الجنائية رغم التطور التقني الذي أظهر طرقاً علمية تستخدم في مجال الكشف عن الحقيقة .

وهو العصب الرئيس للحكم الجنائي ، إذ فيه يكمن السبب الذي يقود القاضي إلى إصدار هذا الحكم بالإدانة أو البراءة[79]، وهو الوسيلة التي يتوسل إليها صاحب الحق إلى إقامة الدليل على قيام هذا الحق ، وتقديمه للقضاء ليمكنه منه[80].

كما تبدو أهمية الإثبات بأنه لا يقع على الركن الشرعي للجريمة بل على الركن المادي والمعنوي ، ومدى نسبتها إلى المتهم ، والقاضي وحده المختص بالبحث من تلقاء نفسه ، حول مدى انطباق النص الجنائي المستخدم على الواقعة من عدم انطباقه وما إذا كان هناك مجال للحكم بالبراءة ومدى ملائمة النص أو عدم ملاءمته للدعوى المطروحة ذاتها .

---

(76) حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته لموسى رحومة ، المرجع السابق ، ص7 .

(77) المدخل لقانون الإثبات لحيدر أحمد دفع الله ، المرجع السابق ، ص29 .

(78) علي ، عادل حسن ، الإثبات - أحكام الإلتزام (مكتبة زهراء الشرق ، 1997) ص6 .

(79) أبو عامر ، محمد زكي ، الإثبات في المواد الجنائية (الإسكندرية ، الفنية للطباعة والنشر) ص11 .

(80) التعليق على نصوص قانون الإثبات لأبو الوفاء ، المرجع السابق ، ص8 .

وخلاصة ذلك أنه من الأسباب التي تقلق القاضي الجنائي حتى يستطيع أن يصل إلى النتيجة هو إمكانية الحصول على دليل إثبات قطعي يستطيع بموجبه أن يستند عليه للحكم بالإدانة أو البراءة .

وتبدو أهمية الإثبات واضحة في أن القانون وإن اعترف للقاضي بسلطة واسعة في فحص وتقدير الدليل ، فإنه من باب آخر فرض عليه حدوداً وضوابط تتمثل في القواعد المتعلقة بتحديد كيفية الحصول على الدليل وشروطه ، وبيان مخالفة الشروط من شأنه إهدار القيمة التدليلية فيصبح عمل القاضي مترتباً عليه البطلان .

وحرصاً من المنظم فقد ألزم القاضي بعدم الحكم بالإدانة إلا بناء على الجزم واليقين ، وهذه تجعل للإثبات أهمية قصوى ، وذلك بتشدد الشارع في تحديد الشروط وآثار الإدانة .

وحرصت الشريعة الإسلامية على إثبات موجبات الحدود والقصاص وألزمت القاضي ألا يحكم بموجب الحد أو القصاص إلا بناء على الجزم واليقين ولم تترك له حرية في إصدار حكم الحد أو القصاص بناء على اقتناعه الذاتي ، وذلك من حكمة الشريعة الإسلامية أن جعلت إثباتها في أضيق الحدود . والدليل على ذلك أن الحدود تدرأ بالشبهة حيث قال صلى الله عليه وسلم (ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم)[81]. وكل شك يفسر لصالح المتهم عملاً بقاعدة الأصل في الإنسان البراءة ، وقاعدة الأصل براءة المتهم حتى تثبت إدانته .

وهذه قواعد شرعية عامة تطبقها الشريعة الإسلامية وألزمت القاضي مراعاة هذه القواعد والأحكام في عملية الإثبات .

ماهية المبدأ :

العملية القضائية التي يجريها القاضي الجنائي إنما غايتها النهائية التوصل إلى الحقيقة الواقعية ، فكل نشاط أو جهد ذهني يبذله القاضي خلال إجراء العملية القضائية ينبغي من ورائه التوصل إلى الحقيقة الواقعية أي الوقوف على حقيقة الوقائع كما حدثت في الواقع أو العالم الخارجي لا كما يصورها الخصوم، ولا يمكن أن تظهر الحقيقة الواقعية إلا بعد البحث عنها وثبوتها بالأدلة .

فإذا وصل القاضي إلى حالة ذهنية استجمع فيها كافة عناصر وملامح الحقيقة الواقعية ، واستقرت هذا العناصر والملامح في وجدانه وارتاح ضميره للصورة الذهنية التي تكونت واستقرت لديه عن تلك الحقيقة ، فهنا يمكننا القول أن القاضي وصل إلى حالة الاقتناع[82].

والهدف من عرض الأدلة أمام المحكمة هو إقناعها بصحة الوقائع التي تتضمنها هذه الأدلة ، سواء في مجال الإثبات أم النفي .

وكذلك فإن الهدف من حكم القاضي الجنائي في الوقائع هو إعطاء كل من المدعي والمتهم حقه الشرعي بحيث يصل هذا الحكم إلى درجة عالية من الثقة

([81]) سنن الترمذي ، المرجع السابق ، ج4 ، حديث رقم 1424 ، ص33 .

([82]) تأسيس الاقتناع القضائي للجوهري ، المرجع السابق ، ص14.

والاقتناع من جميع الأطراف سواء من القاضي نفسه والذي هو موضوع دراستنا أو من المدعي أو من المدعى عليه .

وحينما نقول الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي فإنما نقصد به اقتناع ضميره بما يقدم إليه من أدلة في الدعوى وأن يصاحب الاقتناع ضميره في جميع مراحل الدعوى سواء في مرحلة التحقيق أو المحاكمة ، ويكون بذلك له الحرية في رد أي من الأدلة التي لم يقتنع بصحتها أو بعدم فائدتها بالدعوى ، أو قبول الأدلة التي يقتنع بأنها منتجة بالدعوى .

وعلى ذلك فإن الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي في البراءة يختلف عن اقتناعه الذاتي في الإدانة والسبب أنه في الإدانة لابد للقاضي الجنائي أن يبني حكمه على ثلاثة دعائم أو أسس وهي أن يقوم على[83]:

1- اقتناع القاضي دون أن يساوره شك معقول ، وهذا خارج عن هيمنة القانون وسيطرته لأنها مسألة لا يمكن للقانون تنظيمها ، وإنما هي موكولة إلى ضمير القاضي يقررها بناء على علاقات الوقائع الثابتة أمامه ، وهي الطريقة الوحيدة التي تقود إلى معرفة الحقيقة من غيرها في الجنائي ، فلا يكفي إذن الموازنة بين الأدلة والحكم بناء على الترجيح كما هو الحال في المدني .

2- أن يكون هناك أدلة لها من القوة ما يكفي لإقناع أي شخص له مكنة تقدير عادية بأن المتهم مدان ، وهذا ما يعبر عنه بالقوة التدليلية الموضوعية للأدلة وهو خاضع دون الأول لمحكمة الرقابة الاستئنافية .

3- لما كانت الإدانة في الجنائي تبنى على الجزم وما يشبه اليقين لذا كان من الواجب استبعاد كل شك معقول . والشك المعقول هو الشك الجدي المدعوم بدليل أو قرينة لها وزنها وليس مجرد شك .

ومع ذلك فإنه إذا الأمر متعلقاً بموجب حد أو قصاص أمكن التمسك بأي شك أو شبهة احتيالاً لدرئه وبالتالي الانتقال إلى التعزير ، ومع ذلك يتطلب بعض فقهاء المسلمين أن تكون الشبهة معقولة .

والاقتناع حالة ذهنية ذو خاصية ذاتية لأنه إنتاج الضمير الذي يقدر الأمور والوقائع ويتأثر بمدى قابلية الشخص واستجابته للدوافع المختلفة . فهذا الاقتناع ينتج إذن عن ذاتية وشخصية القاضي لأنه تقييم ضميره الذي يخضع لهذه التأثيرات[84].

وسبق وأن قلنا بأن القاضي يتأثر بسمات شخصية وعوامل نفسية كما يتأثر بخبراته السابقة ، وكل هذه المؤثرات تدخل في نطاق ضمير القاضي واقتناعه الذاتي .

وهناك عوامل معينة مثل التجارب والعادات والخبرة السابقة والذكاء الشخصي والاستعداد الذهني في وقت معين بالإضافة إلى الأفكار المشبع بها الفرد والوسط الذي يعيش فيه ، كل هذه الدوافع أو البواعث تؤثر على الضمير في تقييمه وتفسيره للمعاني المختلفة . فالاقتناع إذن هو نتيجة طبيعية ضرورية للدوافع التي

([83]) إثبات موجبات الحدود والقصاص والتعازير لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص53 ـ 54 .

([84]) الشهادة كدليل إثبات لإبراهيم الغماز ، المرجع السابق ، ص627 ـ 629 .

تكشف عن أنها أكثر تأثيراً وتحديداً كمحصلة لما ينشب بينها وبين غيرها من صراع داخل الضمير .

وبما أن حرية القاضي الجنائي في الاقتناع تعني أن القاضي هو الذي يُقدِّر بحريته قيمة الأدلة المقامة أمامه على حسب اقتناعه الذاتي ، فليس معنى ذلك أن القاضي يؤسس اقتناعه على هوى عواطفه أو حدسه العاطفي وإنما هو اقتناع عقلي .

إذاً حرية القاضي الجنائي في الاقتناع ليست من نوع الحرية المطلقة أو التحكمية ، كما أن الاقتناع المطلوب في القضايا الجنائية ليس هو الانطباع العاطفي ، بل هو الاقتناع العقلي المؤسس على أكبر قدر من اليقين[85].

ومبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي يعطي القاضي سلطة واسعة في تقدير الدليل بحيث يؤسس اقتناعه ويبني حكمه على أية بينة أو قرينة يرتاح لها ليساعد بذلك على إزالة جميع الصعوبات العملية التي تحيط بعملية البحث عن الأدلة وإقامتها أمام القضاء[86].

ويلاحظ أن حرية القاضي الجنائي في الإثبات لها وجهان أولهما أن للقاضي الجنائي سلطة قبول أي دليل يمكن أن يتولد معه اقتناعه ، فجميع طرق الإثبات أمامه سواء . وثانيهما أن القاضي نفسه الذي يقدر بحسب اقتناعه الذاتي القيمة الدامغة لكل دليل[87].

والقاضي في ظل هذا المبدأ يملك حرية واسعة في تقييم عناصر الإثبات ، ووزن الأدلة وتقديرها بالكيفية التي تمكنه من تكوين عقيدته في الدعوى المطروحة عليه ، ولا يخضع في ذلك إلا إلى صوت ضميره وما يقتنع به شخصياً ، ولا يستشير في ذلك سوى وجدانه ، فهو وحده الذي يملي عليه الحكم الذي يصدره ، والرأي الذي يتوصل إليه[88].

ولا شك أن القاضي في الشريعة الإسلامية يستشير غيره من القضاة ، لكي يتبين له وجه الحق ، ويصل إليه حيث قال تعالى : ((وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُم))[89].

لذلك الاقتناع الذاتي للقاضي يمثل الأثر لعملية استدلال واستنتاج تتلاقى فيها جميع الأدلة القضائية المطروحة بالدعوى بصدد واقعة في بوتقة واحدة هي ذاتية القاضي ، دعائمها العقل والمنطق والوجدان الحي للقاضي حيث يقوم فيها بالتمحيص والتقدير والموازنة بين أكثر الأدلة عمقاً أو اتصالاً بالحقيقة ، وأكثرها غوصاً في أعماق نفسه ووجدانه ، فيحدد الحكم على أساسها[90].

تعريف الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي :

([85]) الإثبات في المواد الجنائية لأبي عامر ، المرجع السابق ، ص136 .

([86]) الإثبات في المواد الجنائية لأبي عامر ، المرجع السابق ، ص132 .

([87]) الإثبات في المواد الجنائية لأبي عامر ، المرجع السابق ، ص104.

([88]) حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته لموسى رحومة ، المرجع السابق ، ص37 .

(89) سورة الشورى : آية : 38.

([90]) نظرية الاقتناع الذاتي لمفيدة سويدان ، المرجع السابق ، ص178.

عرفه الدكتور محمود مصطفى بأنه التقدير الحر المسبب لعناصر الإثبات في الدعوى وهو البديل عن نظام الأدلة القانونية[91].

كما عرفه الدكتور علي راشد بأنه تلك الحالة الذهنية أو النفسية أو ذلك المظهر الذي يوضح وصول القاضي باقتناعه لدرجة اليقين بحقيقة واقعة لم تحدث تحت بصره بصورة عامة[92].

كما قال جيوفاني ليوني أن الاقتناع الحر للقاضي لا معنى له أكثر من أنه سلطة القاضي وواجبه في أن يستمد من أي مصدر وسيلة إثبات الوقائع ، وأن يقدرها دون أن يقيده في ذلك حداً أو قيداً ما[93].

كما عرفه الدكتور كمال الجوهري بأنه (حالة ذهنية وجدانية ، وهي محصلة عملية علمية منطقية تستثيرها وقائع " القضية الجنائية " في نفس القاضي ، فتنشط ذاكرته لتستدعي القواعد القانونية " ذات الوقائع النموذجية " المرشحة للتطابق مع " وقائع القضية" وتتوقف طبيعة هذه الحالة على نتيجة عملية المطابقة بين الواقعتين ، فقد تكون ارتياح ضمير القاضي وإذعانه أو تسليمه بدون أدنى شك بثبوت الوقائع في جانب المتهم ، وثبوت مسئوليته عنها، وقد تكون الشك في ذلك ، وأخيراً قد تكون ارتياح ضميره وإذعانه وتسليمه بعدم حدوثها أو عدم مسئولية المتهم عنها مطلقاً)[94].

كما عرف الاقتناع الذاتي بأنه عبارة عن حالة ذهنية ذاتية تستنتج من الوقائع المعروضة على بساط البحث احتمالات ذات درجة ثقة عالية من التأكيد الذي نصل إليه نتيجة استبعاد أسباب الشك بطريقة قاطعة[95].

ونرى أن أفضل تعريف للاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي هو وصول القاضي إلى درجة اليقين بحقيقة الواقعة . ونقصد بذلك وصول القاضي بعقله ووجدانه أي

---

(91) الإثبات في المواد الجنائية لمحمود مصطفى ، المرجع السابق ، ص95 .

(92) نظرية الاقتناع الذاتي لمفيدة سويدان ، المرجع السابق ، ص175 .

(93) ليوني ، جيوفاني ، مبدأ الاقتناع والمشاكل المرتبطة به ، مجلة القانون والاقتصاد (ترجمة الدكتور رمسيس نـام ، سـنة 34 ، عـدد 1 ، 1964م) ص923 .

(94) تأسيس الاقتناع القضائي للجوهري ، المرجع السابق ، ص14.

(95) الشهادة كدليل إثبات لإبراهيم الغماز ، المرجع السابق ، ص627 .

حالته الذهنية درجة اليقين أي إبعاد كل درجة من درجات الشك . أما حقيقة الواقعة فهي حقيقة الشيء المقضى به وقد تكون هذه الحقيقة براءة المتهم أو إدانته .

المطلب الثاني : مبررات مبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي :

لا يجادل أحد في أن الدعوى جنائية كانت أم غير جنائية لا يمكن أن تدرك غايتها إلا من خلال قواعد الإثبات التي تسمح للقاضي بأن يؤسس عقيدته وأن يصدر حكمه ، فالدور الذي تلعبه قواعد الإثبات في مصير الدعوى القضائية يكاد يكون واحداً ، ومع ذلك فإن الإثبات في المواد الجنائية محكوم بقواعد خاصة تجعل له ذاتية متميزة وفكرة نظرية مغايرة تنعكس على قواعده مما يجعل له استقلال خاص عن فروع القانون الأخرى ، سواء من حيث عبئه أو أدلته ، أو قيمة هذه الأدلة[96].

كما أن الإثبات في المواد الجنائية لا يستمد ذاتيته فقط من الخصوصية التي تميز قواعد إقامة الدليل وتقديره وإنما كذلك من الخصوصية التي تميز قواعد البحث والتنقيب عنه.

ومما يوضح ذلك نجد أن الإجراءات المدنية محكومة بمبدأ أساسي هو حياد القاضي أو سلبية القاضي بينما الدعوى الجنائية تعتمد على نشاط القاضي وعدم سلبيته . فألزمته أن يبحث ويسأل كل من المدعي والمدعى عليه عن كل ما يعتقد أنه مفيد في الكشف عن الحقيقة لكي يعرف الحق ويحكم به .

وتعتبر الدعوى عموماً والدعوى الجنائية بوجه خاص ذات مصلحتان متعارضتان، فهناك مصلحة الجماعة في حفظ أمنها ونظامها ومصلحة المتهم في حفظ حريته وشرفه وحياته . لذا استوجب على القاضي الجنائي أن يقوم بدور إيجابي في الكشف عن الحقيقة. فصميم عمله ومهمته الأساس هي البحث والتنقيب والتفتيش عن كل ما يفيد في الكشف عن الحقيقة . فهو يسعى إلى الكشف عن الحقيقة فقط دون الحقيقة التي يحددها الخصوم أو التي يسعى الخصوم لإثباتها ، ولذلك فإن عبء الإثبات ليس على المدعي وحده أو على المتهم في دحض أدلة المدعي ، بل يقع كذلك على القاضي الجنائي لأن الدعوى الجنائية هي نشاطه .

ولذلك لابد أن يعطى القاضي الجنائي الحرية الكاملة في تقدير الأدلة المطروحة أمامه في الدعوى ، ويأخذ منها ما يقتنع بصحته كدليل ويترك ما لم يقتنع به ، ويطمئن إليه ضميره سواء لإثبات إدانة أو إثبات براءة .

ومع ذلك فليس للقاضي الجنائي مطلق الحرية في الاقتناع أو عدم الاقتناع في الأدلة المعتبرة شرعاً في جرائم الحدود والقصاص . فمتى ثبتت وجب عليه القضاء بها ويحصل اقتناعه كقاضي جنائي بمجرد ثبوت هذه الأدلة المعتبرة شرعاً . وليس في ذلك تناقضاً مع حريته الكاملة في تقدير الأدلة المطروحة أمامه في الجرائم التعزيرية بأنواعها.

ولذلك فكل جريمة لم يجعل لها حد أو قصاص في التشريع الإسلامي فللقاضي أو ولي الأمر أن يجتهد في وضع العقوبة الملائمة لها ولفاعلها حسبما تقتضيه المصلحة العامة دونما حيف وظلم[97].

وتتضح الحاجة الملحة إلى مبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي من خلال المبررات التالية :

([96]) الإثبات في المواد الجنائية لأبي عامر ، المرجع السابق ، ص18 .

(97) الحميد ، عبد الله بن سالم ، التشريع الجنائي الإسلامي (مطبعة الترجي التجارية، ط4 ، 1413هـ ـ 1993م) ص138 .

1- أن الدعاوى الجنائية تتعلق بوقائع مادية أو معنوية وليست متعلقة بتصرفات قانونية ، ولذلك إثبات الدعاوى الجنائية لها طابع استثنائي بخلاف إثبات الدعاوى المدنية ذات الطابع القانوني .
2- أن المتهمين في القضايا الجنائية يتصرفون بسرية تامة ويتخذون من الاحتياطات الكفيلة لهم بعدم اكتشافهم ويحرصون كذلك على إخفاء كل معالم وآثار الجرائم التي يرتكبونها .
3- كذلك تبعاً لقاعدة الأصل في الإنسان البراءة ، ألقت هذه القاعدة عبء الإثبات على عاتق المدعي واقتناع القاضي الذاتي في قبول الدليل يكون عوضاً أو مقابلاً لافتراض البراءة في المتهم .
4- بما أن مصلحة المجتمع تتطلب مكافحة الجريمة واكتشاف الحقيقة ويقابلها مصلحة الفرد في عدم انتهاك حريته والمساس بحرمته الشخصية فإن الشريعة الإسلامية افترضت أصل البراءة في المتهم ، وتسوغ ذات الشريعة للقاضي الجنائي تقدير الأدلة ووزنها وترجيح كفة بعضها على الآخر فما اقتنع به ضمير القاضي حكم به عن قناعة تامة ، ولا يعيب القاضي الجنائي تقييده في قبول أدلة وطرق مشروعة في جرائم حددتها الشريعة كجرائم الحدود والقصاص ، وذلك لأنها أرادت تضييق الحدود بطرق شرعية لها شروطها وأركانها وقيدت القاضي بالالتزام بها .
5- الدور الإيجابي للقاضي[98] حيث يخول هذا المبدأ للقاضي تقييم الأدلة دون أن يفرض عليه قيد أو شرط ، غير قيد واجبه القضائي ، ونزاهة ضميره ، فالقاضي يسعى وبكل الوسائل المشروعة للوصول إلى الحقيقة المطلقة من أجل تحقيق العدالة ، وله أن يتمم الدليل الناقص المقدم إليه من الخصوم ، فمثلاً قد يكتفي بشهادة شاهد واحد إذا ما رأى من الوقائع ما يدل على صدق الشاهد بأحكام العقل والمنطق .

ولا يعني الإثبات الحر للقاضي أن يحكم القاضي بما شاء لأن هذا الحكم هو التحكم بعينة ومبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي أساسه البعد عن مثل هذا التحكم .

وهناك قواعد وحدود تبين أسلوب البحث عن الدليل وأسلوب تقديمه فلا يجوز للقاضي الجنائي مخالفتها .

ففي الشريعة الإسلامية نقسم الجرائم بحسب مكانتها ونطاقها من مبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي إلى قسمين :

قسم للجرائم التي لا تدخل في نطاق الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي ، وقسم للجرائم التي تدخل في نطاق هذا الاقتناع .

القسم الأول : الجرائم التي لا تدخل في نطاق المبدأ :

وهي جرائم الحدود والقصاص ولها عقوبة قدرها الشارع الأعلى وعينها نوعاً ومقداراً ، ولم يترك للقاضي أن يغيرها بعقوبة أخرى ، أو يزيدها ، أو ينقص منها أو يوقف تنفيذها .

([98]) نظرية الاقتناع الذاتي لمفيدة سويدان ، المرجع السابق ، ص146 .

ويتبين لنا ذلك من كلام الشيخ عبد القادر عودة (لقد عينت الشريعة العقوبات في جرائم الحدود تعييناً دقيقاً بحيث لم تترك للقاضي أية حرية في اختيار نوع العقوبة أو تقدير كمها ، حتى ليمكن القول بأن هذه العقوبات ذات حد واحد حكماً ، وإن كان بعضها يحتمل بطبيعته أن يكون ذا حدين ، فلا تسمح الشريعة للقاضي أن ينقص العقوبة أو يستبدل غيرها بها ، أو يوقف تنفيذها ، ولم تجعل الشريعة لظروف الجريمة أو المجرم أي أثر على عقوبات جرائم الحدود . كما أنها لم تجعل للسلطة التنفيذية حق العفو عن هذه العقوبات)[99].

وجرائم الحدود على رأي الجمهور سبعة : الزنا والقذف والشرب والسرقة والحرابة والردة والبغي .

وقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الشهادة والإقرار تثبت بهما جرائم الحدود إذا استوفيا شروطهما وأركانهما وانتفت موانعهما ، واختلفوا فيما عدا ذلك من طرق الإثبات[100].

القسم الثاني : الجرائم التي تدخل في نطاق هذا المبدأ :

وهي جرائم التعازير وما سقط موجبه من جرائم الحدود والقصاص ونزل إلى عقوبة التعزير . وهي العقوبات غير المقدرة من الشارع الأعلى وإنما ترك تعيينها وتقديرها لولي الأمر .

فهي كل عقوبة ترك للقاضي اختيار نوعها من بين عقوبات متعددة ، وترك له أن يقدر كمها .

فيختار القاضي العقوبة المناسبة للمجرم ، ويقدر ظروف المجرم ونفسيته، ويحكم على أساس ذلك .

وذكر الشيخ عبد القادر عوده (إذا قال الفقهاء : إن التعزير مفوض لرأي الإمام أو الحاكم أو اجتهادهما ، فمعنى ذلك أن القاضي وهو القائم مقام الإمام أو السلطان أو الحاكم ترك له حق اختيار عقوبة التعزير وتقديرها طبقاً لما يراه من ظروف الجريمة وظروف المجرم ، وطبقاً لما يؤديه إليه اجتهاده ورأيه الشخصي في تقدير هذه الظروف[101].

([99]) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده ، المرجع السابق ، ص121 .

([100]) ظفير ، سعد بن محمد ، النظام الإجرائي الجنائي في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في المملكة (الرياض ، مطابع سحة ، 1417هـ) ص117 .

([101]) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده ، المرجع السابق ، ص145 .

المطلب الثالث : نظم الإثبات والاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي :

يختلف الدور الذي يقوم به القاضي الجنائي في مجال الإثبات سعة وضيقاً تبعاً لنظام الإثبات السائد ، فيما إذا كان يجنح إلى تقييده ، أم كان يطلق حريته، ولم يقيده بأي قيد ، سواء من حيث الإثبات أو الاقتناع ، أم أنه كان وسطاً بين الإطلاق والتقييد[102] .

ومن المتفق عليه أن جميع التشريعات في العالم يسلك القاضي الجنائي لإثبات الدعوى المطروحة بها أحد ثلاثة مذاهب : مذهب الإثبات القانوني أو المقيد ومذهب الإثبات المطلق أو الحر ومذهب الإثبات المختلط أو الوسط أي بين الإطلاق والتقييد .

1 – مذهب الإثبات القانوني أو ما يسمى (بالمقيد) :

وفيه يرسم القانون طرق الإثبات للقاضي الجنائي ليصل إلى الحقيقة ليصدر حكمه، بل ويرسم كذلك قيمة كل من هذه الطرق ، وبالتالي فالقاضي الجنائي يقيم هذه الأدلة وقيمتها كما حددها لـه القانون ، وكذلك رسم للخصوم الطرق التي يسلكونها في سبيل الوصول إلى حقوقهم ، وبالتالي فإن موقف القاضي الجنائي موقفاً سلبياً تطبيقياً لما رسمه له القانون ويحكم بما أملاه عليه القانون سواء كان بالبراءة أو الإدانة بغض النظر عما يقتنع به شخصياً . ولو كان مقتنعاً ببراءة متهم ، وأدت الأدلة المقدمة في الدعوى إلى إدانته في نص القانون حكم بالإدانة . ولو كان مقتنعاً بإدانة متهم وأدت الأدلة المقدمة في الدعوى إلى براءته في نص القانون حكم بالبراءة ، فالاقتناع للقاضي مقصوراً عند الحكم بالإدانة على الأدلة التي حددها القانون بأنها تدين المتهم ومقصوراً عند الحكم بالبراءة على الأدلة التي حددها القانون بأنها تبرئ المتهم.

وبذلك يتضح لنا أن دور القاضي الجنائي هنا دوراً آلياً يعيب عليه عدم البحث عن الحقيقة المطلقة والعدالة التي من أجلها وضع كقاضي ، فالحقيقة التي يريدها القانون قد لا تطابق الحقيقة الفعلية .

ويتضح ذلك في عدول معظم القوانين الوضعية عن هذا المذهب ، واللجوء إلى المذهب المطلق .

ففي 18 يناير عام 1791م وافقت الجمعية التأسيسية الفرنسية على مشروع قانون يقضي بالأخذ بنظام المحلفين ، وبشفوية المرافعة وعلنية الجلسات وحرية الاقتناع ، كما ونوقشت نظم الإثبات ، واستقر الأمر على الأخذ بنظام الاقتناع الذاتي[103].

ومع ذلك تطبق الشريعة الإسلامية نظام الإثبات المقيد في الحدود والقصاص وحكمتها في ذلك القاعدة المشهورة درء الحدود بالشبهات .

وقيد القاضي الجنائي بأدلة الإثبات الشرعية وهي الإقرار أو الشهادة ليحكم بموجبها بالحد الشرعي وذكر أستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض معللاً سلوك

---

(102) حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته لموسى رحومه ، المرجع السابق ، ص19 .

(103) نظرية الاقتناع الذاتي لمفيدة السويدان ، المرجع السابق ، ص142 .

الشريعة الإسلامية لنظام الإثبات المقيد في الحدود والقصاص بقوله وهو مقصود في الشريعة لأن الحدود مبنية على الستر والمساهلة[104].

2 – مذهب الإثبات الحر أو ما يسمى (بالمطلق):

وفيه لا يرسم القانون طرق الإثبات للقاضي الجنائي للوصول إلى الحقيقة ليصدر حكمه ، ولم يحصر له قيمة أي من طرق الإثبات ، بل ترك القاضي أن يختار من طرق الإثبات ما يوصل للحقيقة ، وله مطلق الحرية في اختيار أي وسيلة ممكنة يطمئن إليها ليكون اقتناعه الذاتي ، وبالتالي فإن موقف القاضي الجنائي موقفاً إيجابياً في جميع مراحل الدعوى المعروضة وله كذلك أن يستكمل ما ينقص من الأدلة سواء من المدعي أو من المتهم .

ويعد القانون الليبي في طليعة التشريعات التي أكدت مبدأ حرية الاقتناع وذلك من خلال نص المادة 275 إجراءات جنائية والتي تنص على أنه (يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته ، ومع ذلك لا يجوز له أن يبني حكمه على أي دليل لم يطرح أمامه بالجلسة)[105].

ونلاحظ في ذلك أن القانون الليبي أعطى حرية كاملة لاقتناع القاضي الجنائي الذاتي ، ومع ذلك قيده بأن لا يبني الحكم على دليل طرح خارج مجلس القضاء .

وفي قانون الإجراءات الجنائية المصري تنص المادة 302 على أنه (يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته ، ومع ذلك لا يجوز أن يبني حكمه على أي دليل لم يطرح أمامه في الجلسة ، وكل قول ثبت أنه صدر من أحد المتهمين أو الشهود تحت وطأة الإكراه أو التهديد به يهدر ولا يعول عليه) .

ويتضح لنا بجلاء قصد هذه المادة وهو إعطاء القاضي الجنائي حرية كاملة بأن يحكم حسب اقتناعه الذاتي بقوله حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته ، ومع ذلك قيده بأن لا يبني حكمه على دليل طرح خارج مجلس القضاء، وأوضح بأنه لا يجوز له إكراه أو تهديد أي من المتهمين أو الشهود فإن حكمه بذلك يهدر ويبطل .

وبما يدل على الدور الإيجابي للقاضي الجنائي في القانون المصري نص المادة 291 من قانون الإجراءات الجنائية على أنه (للمحكمة أن تأمر ولو من تلقاء نفسها ، أثناء نظر الدعوى ، بتقديم أي دليل تراه لازماً لظهور الحقيقة) .

وقد اتبعت هذا المبدأ المملكة الأردنية[106] في المادة 147 من قانون أصول المحاكمات والتي تنص على :

1- تقام البينة في الجنايات والجنح والمخالفات بجميع طرق الإثبات ويحكم القاضي حسب قناعته الشخصية .
2- إذا نص القانون على طريقة معينة للإثبات ، وجب التقيد بهذه الطريقة .
3- إذا لم تقم البينة على الواقعة يقرر القاضي براءة المتهم أو الظنين أو المشتكى عليه من الجريمة المسندة إليه .

---

(104) إثبات موجبات الحدود والقصاص والتعازير لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض، المرجع السابق ، ص73 .

(105) حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته لموسى رحومة ، المرجع السابق ، ص29 .

(106) نظرية الاقتناع الذاتي لمفيدة سويدان ، المرجع السابق ، ص155 .

ويتضح بجلاء حرية القاضي الجنائي بتكوين اقتناعه الذاتي وحريته بالأخذ بأي طريقة من طرق الإثبات كما ورد في الفقرة الأولى من هذه المادة ومع ذلك هناك استثناءات للقاضي الجنائي بأن يتقيد بطرق معينة للإثبات إذا نص القانون على ذلك ، كما ورد في الفقرة الثانية من هذه المادة. وألزم المشرع الأردني في الفقرة الثالثة من هذه المادة بالحكم ببراءة المتهم في حال عدم قيام البينة على الواقعة المطروحة .

وجاء في المادة 148 من قانون أصول المحاكمات الأردني في ما نصه :

1- يجوز للقاضي أن لا يعتمد إلا البينات التي قدمت أثناء المحاكمة وتناقش فيها الخصوم بصورة علنية .

2- يجوز الاعتماد على أقوال متهم ضد متهم آخر ، إذا وجدت قرينة أخرى تؤيدها ويحق للمتهم الآخر أو وكيله مناقشة المتهم المذكور .

وقد اختلف إلى أي من نظم الإثبات يتبع التشريع العراقي . هل يتبع نظام الإثبات المقيد أو نظام الإثبات المطلق أو نظام الإثبات المختلط .

فقد ورد في المادة 213 منه ما نصه :

أ- تحكم المحكمة في الدعوى بناء على اقتناعها الذي يتكون لديها من الأدلة المقدمة في أي دور من أدوار التحقيق أو المحاكمة ، وهي الإقرار وشهادة الشهود ومحاضر التحقيق والمحاضر والكشوف الرسمية الأخرى وتقارير الخبراء والفنيين والقرائن ، والأدلة الأخرى المقررة .

ب- لا تكفي الشهادة الواحدة سبباً للحكم ما لم تؤيده قرينة أو أدلة أخرى مقنعة أو بإقرار من المتهم إلا إذا رسم القانون طريقاً معيناً للإثبات فيجب التقيد به .

ج- للمحكمة أن تأخذ بالإقرار وحده إذا اطمأنت إليه ولو ثبت كذبه بدليل آخر .

ونصوص هذه المادة يرى البعض(107) أنها توحي بأن النظام المتبع في التشريع العراقي هو النظام المختلط ، ويرجع ذلك لأنها أعطت القاضي الحرية في الوقت الذي أوردت بعض القيود وبعض التحديد للأدلة .

وقد ذكر الدكتور محمود مصطفى(108) حول نصوص هذه المادة أن التشريع العراقي سلك مسلك التشريع الفرنسي السابق (الإثبات المقيد) من حيث اعتبار شهادة الشاهد الواحد نصف دليل يجب تكملتها بدليل آخر أو قرينة أخرى ، كما أنه في الفقرة الثانية من هذه المادة اعترف للإقرار بدلالة كاملة خلافاً للموقف الفرنسي القديم (المقيد) .

كما أضاف بأن المشرع العراقي أراد أن يرضي النزعات الشخصية ليوحي لها بأن مصدر القانون هو الشريعة الإسلامية ، مع أن التشريع العراقي يخالف الشريعة الإسلامية حيث أنه في جرائم الحدود والقصاص لا تكفي شهادة شاهد واحد ، كما أن الإقرار يطلب فيه التكرار بعدد الشهود عند بعض الفقهاء.

---

(107) نظرية الاقتناع الذاتي لمفيدة سويدان ، المرجع السابق ، ص156 .

(108) الإثبات في المواد الجنائية لمحمود مصطفى ، المرجع السابق ، ص19 وما بعدها .

وكذلك تتبع نظام الإثبات المطلق معظم الدول العربية الأخرى[109]. فقانون أصول المحاكمات السوري في المادتين 175 و 176 منه جاءت بما يفيد بحرية القاضي الجنائي في تكوين قناعته مشابهاً لما ورد في نصوص المادتين 147 و 148 من قانون أصول المحاكمات الأردني .

وكذلك جاء في قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي رقم 17عام 1960م المادة 151 وقانون المرافعات الجنائية التونسي رقم 23عام 1968م الفصل 150 وقانون الإجراءات الجزائية القطري رقم 15عام 1971م المادة 121. وقانون الإجراءات الجزائية الجزائري رقم 155عام 1966م المادتين 207 و 212 والتي جاءت مطابقة للمادتين 353 و427 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي .

ويتضح إقرار مبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي بالمادة 427 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي وجاء فيها ما نصه " يجوز إثبات الجرائم بأية طريقة من طرق الإثبات ، ويحكم القاضي بناء على اقتناعه الشخصي ما لم ينص القانون على غير ذلك ".

ومن أمثلة التشريعات التي حرصت على تأكيد المبدأ أيضاً ، قانون الإجراءات الجنائية الفيدرالي السويسري الذي كان قد نص في الفقرة الثالثة من المادة 169 منه على أن " القضاة يقدرون في حرية مدى صدق الشهود والقوة التدليلية لكل الأدلة المقدمة"[110].

كذلك جاء في قانون الإجراءات الروسي عام 1960م في المادة 71 منه ما نصه :

1- أن كلاً من المحكمة والنائب العام والمحقق يقدر الأدلة حسب اقتناعه الشخصي .
2- القانون لا يفرض مقدماً قوة في الإثبات لأي دليل .

ويتضح بجلاء اعتناق المشرع الروسي الإثبات المطلق بما ورد في فقرات هذه المادة .

ولم يتمثل مبدأ الاقتناع الذاتي الحر للقاضي الجنائي في النصوص التشريعية فقط بل شمل ذلك المحاكم والقضاء حتى في الدول التي خلت تشريعاتها من نصوص صريحة تتعلق بهذا الشأن .

فقد قررت محكمة التميز اللبنانية رغم خلو تشريعها من النصوص الخاصة بهذا المبدأ في حكم لها (أنه من الراهن أن الحكم في القضايا الجنائية إنما يبنى على قناعة القاضي بالنسبة إلى الأدلة والوقائع الواردة في الدعوى) [111].

وفي القضاء المصري كل التطبيقات القضائية تقريباً ، سواء القديم منها أو الحديث ـ متضافرة على تثبيت المبدأ وترسيخه[112].

([109]) حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته لموسى رحومة ، المرجع السابق ، ص30 .

(110) عوض، محمد محيي الدين ، الإثبات بين الازدواج والوحدة في الجنائي والمدني في السـودان ، دراسة مقارنة (الخرطوم، مطبوعات جامعة القاهرة ، كتاب14 ، 1974م) ص86 .

([111]) الإثبات في المواد الجنائية لمحمود مصطفى ، المرجع السابق ، ص96 .

([112]) حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته لموسى رحومة ، المرجع السابق ، ص33 .

فها هي محكمة النقض المصرية تقطع بما لا يدع مجالاً للشك بسيادة المبدأ وسموه في مجال الإثبات الجنائي إذ تقضي بأن " أساس الأحكام الجنائية إنما هو حرية قاضي الموضوع في تقدير الأدلة القائمة على الدعوى ، فما دام يبين من حكمه أنه لم يقضي بالبراءة إلا بعد أن ألم بتلك الأدلة ووزنها فلم يقتنع وجدانه بصحتها فلا تجوز مصادرته في اعتقاده ، ولا المجادلة في حكمه أمام محكمة النقض . كما أنه لا يحكم بالإدانة إلا إذا اطمأن ضميره إليها بشرط أن يكون هذا الاطمئنان مستمداً من أدلة أخرى قائمة في الدعوى ، يصح في العقل أن تؤدي إلى ما اقتنع به القاضي ، وما دام الأمر كذلك فلا تجوز المجادلة في حكمه أمام محكمة النقض "[113].

كما قضت محكمة التمييز السورية " أن القانون قد أمد القاضي في المسائل الجنائية بسلطة واسعة وحرية كاملة في سبيل تقصي ثبوت الجرائم أو عدم ثبوتها ، والوقوف على حقيقة علاقة المتهمين بها ففتح له باب الإثبات على مصراعيه يختار من كل طرقه ما يراه موصلاً إلى الكشف عن الحقيقة[114].

كما قضت محكمة الاستئناف العليا الكويتية بأن " العبرة في المحاكمات الجنائية هي باقتناع قاضي الموضوع بناءً على الأدلة المطروحة عليه ، بإدانة المتهم أو براءته فلا يصح مطالبته بالأخذ بدليل معين إلا إذا قيده القانون في ذلك[115].

وقررت محكمة التعقيب التونسية بأن (الأدلة في المادة الجزائية إقناعية وتأسيساً على هذا فإن قاضي الموضوع يمكنه الأخذ بأي دليل لم يحجره القانون وارتاح إليه وجدانه ، ولو كان مجرد اعتراف متهم على آخر[116].

كما أكد المجلس الأعلى للقضاء في المغرب أن (استنتاج ثبوت الجريمة من القرائن الثابتة يرجع للسلطة التقديرية المطلقة التي للمحكمة ولا رقابة للمجلس الأعلى عليها في ذلك)[117].

3 – مذهب الإثبات المختلط أو الوسط :

وفيه يرسم القانون أدلة إثبات للقاضي الجنائي في مسائل معينة ولا يرسم له أدلة إثبات في مسائل أخرى .

وهو (عملية مزاوجة ، أو محاولة توفيقية بين المذهبين ، وذلك لتلاقي ما وجه إلى الإثبات الحر من خشية تعسف القاضي وانحرافه عن جادة الصواب ، وذلك أن يحدد له القانون طرق الإثبات التي يلجأ إليها ، وما وجه إلى الإثبات القانوني (

([113]) نقض 1953/6/8م ، مجموعة أحكام النقض الصادرة من الدائرة الجنائية ، س3 ، رقم 341 ، ص948 ، حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته لموسى رحومه ، المرجع السابق ، ص33 .

([114]) نقض سوري ، 1968/10/30م ، م. ق. ق . رقم : 79 ، ص40 . نظرية الاقتناع الذاتي لمفيدة سويدان ، المرجع السابق ، ص158 .

([115]) تمييز كويتي ، جلسة 1975/3/17م ، مجلة القضاء والقانون (س6 العددان 1 ، 2 عام 1975م) ، ص151 . حرية القاضي في تكوين عقيدته لموسى رحومة المرجع السابق ، ص33 .

([116]) قرار تعقيبي جزائي مؤرخ في 1976/12/3م ، مجلة القضاء والتشريع ، س19 ، العدد 4 ، إبريل 1977م ، رقم 1255 ، ص74 . حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته لموسى رحومة ، المرجع السابق ، ص33 .

([117]) جلسة 1961/11/27م ، مجلة القضاء والقانون ، س6 ، العددان 52 ، 53 ، أكتوبر ، نوفمبر 1962م ، قرار رقم 464 ، ص99 . حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته لموسى رحومة ، المرجع السابق ، ص34 .

المقيد) عن أنه يجعل دور القاضي سلبياً في عملية الإثبات ، وذلك بأن يترك له حرية تقدير ما يعرض عليه من عناصر الإثبات)[118].

وهو يقوم في الواقع على التوفيق بين النظامين السابقين (المطلق والمقيد) وأكثر ما يكون الإطلاق في المسائل الجنائية ، لأن طبيعتها لا تسمح بحصر طرق الإثبات بل يكون القاضي حراً في أن يستلهم عقيدته من أي دليل يقدم إليه[119].

وقد يكون التوفيق بين النظامين على وجه آخر ، وذلك عندما يحدد القانون أدلة معينة لإثبات بعض الوقائع دون بعضها الآخر ، أو يشترط في الدليل شروطاً في بعض الأحوال ، أو يعطي القاضي الحرية في تقدير الأدلة القانونية[120].

ويعتبر بعض الفقهاء هذا المذهب أفضل من سابقيه لكونه يجمع محاسنهما ويستبعد مساوئهما ، فهو يوازن بين تحقيق العدالة وما يتطلبه من مرونة وحرية في الإثبات ، وبين ما يتطلبه استقرار التعامل من تقييد الإثبات في بعض الأحيان[121].

وقد سبق وأن اقترح روبسبير في الجمعية التأسيسية أثناء انعقادها في 4 يناير عام 1791م على الأخذ بحالة وسط تجمع بين النظام المقيد والنظام المطلق ويتضمن هذا الاقتراح :

1- عدم الحكم بالإدانة على المتهم إذا لم تقم عليه الأدلة التي حددها القانون .
2- عدم الحكم بالإدانة على المتهم إذا قامت عليه الأدلة التي حددها القانون ولم تتحقق قناعة القاضي[122].

وقيل إن هذا الاقتراح يجنح إلى مصلحة المتهم فقط ، باعتبار أن القاضي لا يستطيع أن يحكم بالإدانة إذا لم يتوفر الدليل القانوني ، ولو كان مقتنعاً بأنه مدان، وهذا يعد عيباً يوجه لهذا النظام في مجال الإثبات الجنائي ، إذ لا يراعي بين مصلحة المتهم ومصلحة المجتمع في تحقيق العدالة وضمان عدم إفلات المدان من العقاب[123].

وهناك اقتراح آخر وهو تحقيق التوازن بين النظامين (المقيد والمطلق) دون المزج بينهما ، وذلك بأن يعتمد مبدأ الإثبات المطلق كمبدأ أساسي شريطة أن يطعم ببعض القواعد من نظام الإثبات الجنائي[124] .

وهذا في الواقع يعيدنا إلى نظام الإثبات المطلق ، حيث سبق وأن أشرنا إلى القوانين التي تتبع نظام الإثبات المطلق كقانون الإجراءات الجنائية المصري في مادته 302 وقانون الإجراءات الجنائية الليبي في مادته 275 بقولهما : (يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته) .

---

(118) النظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص91 .

(119) حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته لموسى رحومة ، المرجع السابق ، ص27 .

(120) النظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص91 .

(121) السنهوري ، عبد الرازق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (القاهرة ، دار النشر للجامعات المصرية ، ط1، 1956م) ج2 ، ص29 .

(122) الإثبات في المواد الجنائية لمحمود مصطفى ، المرجع السابق ، ص11 . وأشار إلى أنه يوفق بين قناعة القاضي وقناعة المشرع . وأنظر إلى الشهادة كدليل إثبات لإبراهيم الغماز، المرجع السابق ، ص624 ، وحرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته لموسى رحومه ، المرجع السابق ، ص27 ونظرية الاقتناع الذاتي لمفيدة سويدان ، المرجع السابق ، ص142 .

(123) حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته لموسى رحومه ، المرجع السابق ، ص28 .

(124) الشهادة كدليل إثبات لإبراهيم الغماز ، المرجع السابق ، ص625 .

ويعزز ما نقوله كذلك ما جاء في المادة 291 من قانون الإجراءات الجنائية المصري (للمحكمة أن تأمر ولو من تلقاء نفسها ، أثناء نظر الدعوى ، بتقديم أي دليل تراه لازماً لظهور الحقيقة) .

والمنظم السوداني أخذ بهذا المذهب في تقييد الإثبات وحصر الأدلة، إلا أنه خول للقاضي سلطات واسعة في تقدير الأدلة التي لم يجعل لها القانون حجية ملزمة كالبينة وشهادة الشهود والقرائن القضائية(125).

ويجب أن نشير إلى أن القانون الجنائي في السودان مأخوذ من الشريعة الإسلامية وصدر في يناير عام 1991م ولا زال يطبق حتى الآن(126).

وبالإضافة إلى تطبيق المنظم السوداني لهذا المذهب نجد أن الشريعة الإسلامية طبقت هذا المذهب ولم تغفل الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي في أحكامها غير الموجبة للحد أو القصاص ، وهذا ما سوف نتناوله بالتفصيل في المبحث التالي إن شاء الله .

---

(125) المدخل لقانون الإثبات لحيدر أحمد ، المرجع السابق ، ص30 ـ 31 .

(126) عوض ، محمد محيي الدين ، أصول التشريعات العقابية في الدول العربية (أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية ،1419هـ ـ 1998م) ص36 .

المبحث الثاني

سيادة مبدأ الاقتناع الذاتي المختلط ومضمونه في الشريعة الإسلامية

سبق وأن قلنا بأن النظام المختلط توفيقي بين النظامين المقيد والمطلق .

والشريعة الإسلامية تتميز بهذا النظام عن سائر التشريعات في العالم فضلاً عن التشريع السوداني والذي يطبق هذا المبدأ تبعاً لأحكام الشريعة الإسلامية .

ونقصد بسيادة هذا المبدأ في الشريعة الإسلامية أنها تطبق مبدأ الأدلة القانونية أو الإثبات المقيد في جرائم الحدود والقصاص ، ومبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي في جرائم التعازير .

وحيث أن الإثبات في الشريعة الإسلامية قد تفرد بالكمال منذ نشأته فاستوعب لشموله كافة آمال البشر ، ذلك النظام الذي أنزل من لدن حكيم عليم على رسوله صلى الله عليه وسلم . وهو نظام لا يهدف فقط إلى إثبات إدانة الجاني المتهم بارتكاب الجريمة ، وإنما يشمل أيضاً تبرئة ساحة المتهم البريء[127].

ولذلك وصف الإثبات الجنائي في النظام القانوني الإسلامي بأنه وبحق يهدف إلى إثبات صحة الادعاءات في صورها المختلفة ، وبدرجة كبيرة من اليقين لم ترق إليها النظم الجنائية الوضعية[128].

وسوف نتناول هذا المبحث في مطلبين :

المطلب الأول : الجرائم في الشريعة الإسلامية .

والمطلب الثاني : العقوبات المقررة للجرائم ومضمون إثباتها .

---

(127) قاسم ، يوسف ، مبادئ الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة (القاهرة ، دار النهضة الحديثة ، 1978م) ص37 .

(128) سلامة ، مأمون محمد ، قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقـه وأحكام النقض (القاهرة ، دار الفكر العربي ، ط1 ، 1980م) ص285 .

المطلب الأول : الجرائم في الشريعة الإسلامية :

أ : تعريف الجريمة وأركانها :

الجرائم في الشريعة الإسلامية عرفها الفقهاء بأنها محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزير[129].

والشريعة الإسلامية كما تسايرها القوانين الوضعية لا تعد الفعل جريمة إلا إذا توفر فيه ثلاثة أركان وتسمى الأركان العامة للجريمة .

وهذه الأركان الثلاثة هي الركن الشرعي ، والركن المادي ، والركن المعنوي أو الأدبي[130] .

1- الركن الشرعي : وهو أن يكون هناك نص يجرم الفعل ويعاقب عليه ، أي أن الفعل محظور ومنصوص على تجريمه قبل قيامه ، وعلى ذلك تطبق الشريعة الإسلامية قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص .
2- الركن المادي : وهو حدوث الفعل سواء كان إتيان فعل منهي عنه أو ترك فعل مأمور به .
3- الركن المعنوي أو الأدبي : وهو أن يكون الفاعل مسؤولاً أي مكلفاً حال قيامه بالفعل .

ويجدر بنا أن نتعرض لتقسيم الجرائم في الشريعة الإسلامية لنتعرف على طبيعة الإثبات الجنائي في كل منها .

ب : تقسيم الجريمة في الشريعة الإسلامية من حيث جسامة العقوبة :

فيقسم فقهاء الشريعة الإسلامية الجرائم بعدة تقسيمات وبوجوه عديدة . وسوف نقتصر على تقسيم الجرائم من حيث جسامة العقوبة .

فالجرائم تنقسم إلى ثلاثة أنواع :

جرائم الحدود ، وجرائم القصاص والدية ، وجرائم التعازير .

وسوف نتناولها بالتفصيل لأن الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي وعلاقته بطرق إثبات هذه الجرائم ومقارنتها بالقانون الوضعي هو المقصود من هذه الدراسة .

أولاً : الحدود :

تعريف الحد في اللغة[131]:

---

(129) الأحكام السلطانية والولايات الدينية لأبي الحسن علي بن محمد الماوردي (بيروت، دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1405هـ ـ 1985م) ص273 والأحكام السلطانية لأبي يعلى محمد بن الحسين الفراء الحنبلي (بيروت ، دار الكتب العلمية ، 1403هـ ـ 1983م) ص257.

(130) الصيفي ، عبد الفتاح مصطفى ، الأحكام العامة للنظام الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون (القاهرة ، دار النهضة العربية ، 2001م) ص62 .

(131) القاموس المحيط للفيروز آبادي ، المرجع السابق، ص352 . ولسان العرب لابن منظور، المرجع السابق، ص79.

ـ وفي حاشية المهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي (دار الفكر ، 1414هـ ـ 1994م) الجزء الثاني ، ص373 ذكر العلامة محمد الركبي، في النظم المستعذب في شرح غريب المهذب . (وحد الشيء يمنع أن يدخل فيه ما ليس منه ، وأن يخرج منه ما هو منه . وقيل للبواب حداداً لأنه يمنع من يدخل الدار من غير أهلها . والحد في الشرع يمنع المحدود من العود إلى ما كان ارتكبه ، وكذا السجان سمي حداداً) .

الحاجز بين شيئين ، ومنتهى الشيء .
وحد كل شيء نهايته ، يقال بلغ الأمر حده إذا وصل إلى منتهاه .
وهو الفصل والتمييز بين الشيئين ويطلق على المنع .

تعريف الحد في الاصطلاح :
هو اسم لعقوبة مقدرة تجب حقاً لله تعالى[132].
وقيل الحد عقوبة مقدرة لتمنع من الوقوع في مثله[133].
إذاً الحدود هي العقوبات التي قدرها الشارع الأعلى جنساً وقدراً حقاً خالصاً لله تعالى[134].
ويطلق لفظ الحد على جرائم الحدود وعقوباتها، وإذا أطلق لفظ الحد على الجريمة قصد به تعريفها بعقوبتها[135].
ومعنى العقوبة المقدرة أنها محددة معينة فليس لها حد أدنى ولا حد أعلى، ومعنى أنها حق لله أنها لا تقبل الإسقاط لا من الأفراد ولا من الجماعة[136].
وجرائم الحدود معينة ومحدودة العدد وهي سبع جرائم[137].
1 – الزنا 2 – القذف[138] 3 – الشرب 4 – السرقة
5 – الحرابة 6 – الردة 7 - البغي .

1 – جريمة الزنا :
تعريف الزنا في اللغة :
زَنَى أي فَجَرَ[139].
وهو بالقصر لغة أهل الحجاز وبالمد لغة أهل نجد[140].
ويقال للرجل زاني وللمرأة زانية .
ومنه قوله تعالى ((الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ))[141].

تعريف الزنا في الاصطلاح :

([132]) المبسوط لمحمد بن أبي سهل السرخسي (بيروت ، دار المعرفة ، 1406هـ) ج9 ، ص36 .
(133) المبدع لابن مفلح الحنبلي ، المرجع السابق ، ج9 ، ص43 .
([134]) أصول التشريعات العقابية في الدول العربية لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص88 .
([135]) بوساق، محمد المدني، التشريع الجنائي الإسلامي، الحدود والتعازير،(أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، 1420هـ) ص1.
([136]) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده ، المرجع السابق ، ص79 .
([137]) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عـوده ، المرجع السابق ، ص79 ، وذكـر عبد القادر عوده أن الجريمة السياسـية في اصـطلاح الفقهاء البغي ، ويسمى ا رمون السياسيون البغاة أو الفئة الباغية ، ص101 .
([138]) يـرى الشافعية أن القذف من الحدود التي حق الفرد فيها غالب ، وبالتالي يجوز فيه العفو والإرث على خلاف الجمهور الذي يرى أن حق ا تمع فيه غالب، أصول التشريعات العقابية في الدول العربية لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص89 .
([139]) القاموس المحيط للفيروز آبادي ، المرجع السابق ، ص1667 .
([140]) حاشية ابن عابدين لمحمد أمين (بيروت ، دار الفكر ، ط2 ، 1386هـ) ج4 ، ص4 .
([141]) سورة النور ، الآية : 2 .

فقال الحنفية هو " وطء في قبل حال عن الملك وشبهته "[142].
وعند المالكية قال ابن حاجب هو " أن يطأ آدمي فرج آدمي لا ملك لـه فيه باتفاق متعمداً"[143].

وعند الشافعية عرفه الماوردي بأنه " تغييب البالغ العاقل حشفة ذكره في أحد الفرجين من قبل أو دبر ممن لا عصمة بينهما ولا شبهة "[144].

والزنا عند الحنابلة هو " فعل الفاحشة في قبل أو دبر "[145].

أدلة تحريم الزنى :

أ ـ من القرآن الكريم :

1- قوله تعالى ((وَلا تَقْرَبُوا الزِّنَى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلاً)) [146].

2- وقولـه تعالى ((الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ)) [147].

ب ـ من السنة النبوية :

1- ما روي عن عبد الله بن مسعود قال : سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أي الذنب أعظم عند الله ؟ قال : (أن تجعل لله نداً وهو خلقك)، قال قلت له : إن ذلك لعظيم . قال قلت : ثم أي ؟ قال (ثم أن تقتل ولدك مخافة أن يطعم معك) قال قلت ثم أي ؟ قال : (ثم أن تزاني حليلة جارك)[148].

2- قوله صلى الله عليه وسلم (خذوا عني ، خذوا عني ، قد جعل الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر جلدُ مائة ونفي سنة . والثيب بالثيب ، جلد مائة والرجم) [149].

2 – جريمة القذف :

تعريف القذف في اللغة :

هو مطلق الرمي سواء كان بسهم أو بالحصى أو بالكلام وغيره [150].

وقيد أيضاً برمي الشيء بقوة ، ومنه اشتهر استعماله في رمي المرأة المحصنة أو الرجل المحصن بالزنى ، أو ما في معناه بالألفاظ المكروهة [151].

([142]) البحر الرائق لزين بن إبراهيم بن محمد بن بكر المتوفي سنة 970هـ (بيروت ، دار المعرفة ، بدون سنة نشر) ج5 ، ص3 .

([143]) التاج والإكليل لمحمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري المتوفي سنة 897هـ (بيروت ، دار الفكر ، ط2، 1398هـ) ج6، ص290 ـ 291 .

([144]) الأحكام السلطانية للماوردي، المرجع السابق، ص278 ، والأحكام السلطانية لأبو يعلي ، المرجع السابق، ص263 .

([145]) المبدع لابن مفلح الحنبلي ، المرجع السابق ، ج6 ، ص89 .

([146]) سورة الإسراء ، الآية : 32 .

([147])سورة النور ، الآية : 2 .

([148]) صحيح مسلم بشرح النووي ، المرجع السابق ، المجلد الأول ، ج2 ، كتاب الإيمان ، رقم 86 ، ص71 .

([149]) صحيح مسلم بشرح النووي ، المرجع السابق ، المجلد السادس ، ج11 ، كتاب الحدود ، رقم 1690 ، ص172 .

([150]) التشريع الجنائي الإسلامي لأستاذنا الدكتور محمد المدني بوساق ، المرجع السابق ، ص44 ، ولسان العرب لابن منظور ، المرجع السابق ، ص276 ـ 277 ، و القاموس المحيط للفيروز آبادي ، المرجع السابق ، ص1090 .

تعريف القذف في الاصطلاح:

قال الحنفية هو " الرمي بالزنا "[152].

وقال المالكية هو " نسبة آدمي مكلف غيره حراً عفيفاً مسلماً بالغاً أو صغيره تطيق الوطء لزنا أو قطع نسب مسلم "[153].

وقال الشافعية هو " الرمي بالزنا في معرض التعيير "[154].

وقال الحنابلة هو " الرمي بزنا أو لواط أو شهادة بأحدهما ، ولم تكتمل البينة بواحدٍ منهما "[155].

أدلة تحريم القذف :

أ ـ من القرآن الكريم :

1- قوله تعالى : ((وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ))[156].

2- وقوله تعالى : ((إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعِنُوا فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ))[157].

ب ـ من السنة النبوية :

ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (اجتنبوا السبع الموبقات) قيل: يا رسول الله وما هن ؟ قال : (الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق ، وأكل مال اليتيم ، وأكل الربا ، والتولي يوم الزحف ، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات) [158].

3 – جريمة شرب الخمر :

تعريف الخمر في اللغة :

([151]) أبو زيد ، بكر بن عبد الله ، الحدود والتعزيرات عند ابن القيم (دار العاصمة ، النشرة الثانية ، 1415هـ ـ) ص197 .

([152]) حاشية ابن عابدين لمحمد أمين ، المرجع السابق ، ج4 ، ص43 .

([153]) التاج والإكليل لمحمد بن يوسف ، المرجع السابق ، ج6 ، ص297 ـ 298 .

([154]) مغني المحتاج لمحمد الخطيب الشربيني (بيروت ، دار الفكر ، بدون سنة نشر) ج4 ، ص155 .

([155]) كشاف القناع لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي (تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال ، بيروت، دار الفكـر، 1402هـ ـ) ج6 ، ص104 .

([156]) سورة النور ، الآية : 4 .

([157]) سورة النور ، الآية : 23 .

([158]) صحيح مسلم بشرح النووي ، المرجع السابق ، المجلد الأول ، ج2 ، كتاب الإيمان ، رقم 89 ، ص73 ـ 74 .

الخمر ما أسكر من عصير العنب ، أو عام ، كالخمرة ، وسميت خمراً لأنها تخمر العقل وتستره[159].
والخمر في اللغة كل شراب يغطي العقل ويذهبه ، وهذا المعنى موجود في كل مسكر [160].

تعريف الخمر في الاصطلاح[161]:

اختلف العلماء في حقيقة (الخمر) الشرعية على قولين :

القول الأول : للحنفية فالخمر عندهم ، ما اعتصر من ماء العنب إذا اشتد وغلي وقذف بالزبد ، بطبعه دون عمل نار .

القول الثاني : للجمهور ومنهم المالكية والشافعية والحنابلة وغيرهم من أهل الأثر قالوا : الخمر كل ما أسكر سواء كان عصيراً أو نقيعاً من العنب أو غيره مطبوخاً أو غير مطبوخ .

ولذلك فالخمر كل شراب أسكر كثيره فقليله حرام وهو خمر من أي شيء كان ولا يباح شربه[162].

وجاء في الأحكام السلطانية للماوردي (كل ما أسكر كثيره أو قليله من خمر أو نبيذ حرام، حد شاربه سواء سكر منه أو لم يسكر . وقال أبو حنيفة يحد من شرب الخمر وإن لم يسكر ، ولا يحد من شرب النبيذ حتى يسكر)[163].

أدلة تحريم الخمر :

أ ـ من القرآن الكريم :
قوله تعالى : ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنْصَابُ وَالأَزْلامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ)) [164].

ب ـ من السنة النبوية :

1- قوله صلى الله عليه وسلم : (كل مسكر خمر ، وكل مسكر حرام)[165].
2- قوله صلى الله عليه وسلم (ما أسكر كثيره فقليله حرام) [166].

([159]) القاموس المحيط للفيرز آبادي ، المرجع السابق ، ص495 .
([160]) التشريع الجنائي الإسلامي لأستاذنا الدكتور محمد المدني بوساق ، المرجع السابق ، ص67 ، وللتفصيل في ذلك أنظر الحدود والتعزيرات عند ابن القيم لأبو زيد ، المرجع السابق ، ص251 ـ 252 ـ 253 .
([161]) الحدود والتعزيرات عند ابن القيم لأبو زيد ، المرجع السابق ، ص254 ، 255 .
([162]) زاد المستقنع لموسى بن أحمد بن سالم المقدسي الحنبلي المتوفي سنة 690هـ (تحقيق علي محمد عبد العزيز الهندي ، مكة المكرمة ، النهضة الحديثة ، بدون سنة نشر) ج1 ، ص230 ـ 231 .
([163]) الأحكام السلطانية للماوردي ، المرجع السابق ، ص284 .
([164]) سورة المائدة ، الآية : 90 .
([165]) صحيح مسلم بشرح النووي ، المرجع السابق ، ص1587 ـ 1588 .
(166) سنن النسائي لأبو عبد الرحمن النسائي (القاهرة ، مصطفى الحلبي، ط1، 1994م) ص300 ـ 301 .

4 – جريمة السرقة :

تعريف السرقة في اللغة :

الأخذ بخفية ، يقال هو سارق والأنثى : سارقة ، والشيء : مسروق ، وصاحبه : مسروق منه[167].

واسترقه : جاء مستتراً إلى حرزه فأخذ مالاً لغيره[168].

والسارق في اللغة[169]:

هو : " من جاء مستتراً إلى حرز فأخذ منه ما ليس له " .

فإن أخذ من ظاهر فهو مختلس ومستلب ومنتهب ومحترس ، فإن منع مما في يديه فهو غاصب .

تعريف السرقة في الاصطلاح :

فعند الحنفية : السرقة هي الأخذ على سبيل الاستخفاء[170].

وعند المالكية هي أخذ مال الغير مستتراً من غير أن يؤتمن عليه[171].

وعند الشافعية هي الأخذ خفية ظلماً من حرز مثله[172].

وعند الحنابلة قال البهوتي هي أخذ مال محترم لغيره وإخراجه من حرز مثله بلا شبهة له فيه على وجه الاختفاء[173].

أدلة تحريم السرقة :

أ ـ من القرآن الكريم :

قوله تعالى : ((وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ))[174].

ب ـ من السنة النبوية :

ما روي عن عائشة أن قريشاً أهمهم شأن المرأة المخزومية التي سرقت فقالوا : من يكلم فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فقالوا : ومن يجترئ عليه إلا أسامة ، حِبُ رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فكلمه أسامة . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (أتشفع في حد من حدود الله ؟) ثم قام فاختطب فقال : (أيها الناس إنما أهلك

---

(167) الحدود والتعزيرات عند ابن القيم لأبو زيد ، المرجع السابق ، ص345 ، 346 .

(168) القاموس المحيط للفيروز آبادي ، المرجع السابق ، ص1153 .

(169) التشريع الجنائي الإسلامي لأستاذنا الدكتور محمد المدني بوساق ، المرجع السابق ، ص83 .

(170) بدائع الصنائع للكاساني ، المرجع السابق ، ج7 ، ص65 .

(171) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد المتوفي سنة 684هـ (مطبعة الحلبي ، 1379هـ ـ 1960م) ج2 ، ص445 .

(172) مغني المحتاج للشربيني ، المرجع السابق ، ج4 ، ص158.

(173) كشاف القناع للبهوتي ، المرجع السابق ، ج6 ، ص129 .

(174) سورة المائدة ، الآية : 38 .

الذين قبلكم، أنهم كانوا إذا سرق فيه الشريف تركوه ، وإذا سرق فيهم الضعيف ، أقاموا عليه الحد ، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها)[175].

([175]) صحيح مسلم بشرح النووي ، المرجع السابق ، ا لمد 6 ، ج11 ، كتاب الحدود ، رقم 1688 ، ص170 .

5 - جريمة الردة :

تعريف الردة في اللغة :

الرِّدةُ : بالكسر : الاسم من الارتداد . والارتداد الرجوع[176].

(الردة) مصدر ، والاسم منه (مرتد)[177].

وقيل : هي الرجوع عن الشيء[178].

تعريف الردة في الاصطلاح :

يأتي التعريف على كلمتين : المرتد والردة .

عرف المرتد بأنه من كفر بعد إسلامه[179].

والردة : هي الرجوع عن الإسلام أي ترك التصديق به سواء اعتنق المرتد ديناً آخر أو لم يعتنق[180].

ومن تعريفات المذاهب المشهورة للردة ما يلي[181]:

الحنفية : (الردة هي الرجوع عن دين الإسلام)[182] .

المالكية : (الردة هي الكفر بعد إسلام تقرر)[183].

الشافعية : (الردة قطع الإسلام بنية أو قول أو فعل)[184].

الحنابلة: (الردة هي الإتيان بما يخرج عن الإسلام إما نطقاً أو اعتقاداً أو شكاً أو فعلاً)[185].

أدلة تحريم الردة :

أ ـ من القرآن الكريم :

1- قولــه تعـالى : ((وَمَـنْ يَرْتَـدِدْ مِـنْكُمْ عَـنْ دِينِـهِ فَيَمُـتْ وَهُـوَ كَـافِرٌ فَأُولَئِـكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ))[186].

---

(176) القاموس المحيط للفيروز آبادي ، المرجع السابق ، ص360 .

(177) الحدود والتعزيرات عند ابن القيم لأبو زيد ، المرجع السابق ، ص431 .

(178) التشريع الجنائي الإسلامي لأستاذنا الدكتور محمد المدني بوساق ، المرجع السابق ، ص142 .

(179) منار السبيل في شرح الدليل لإبراهيم بن محمد بن ضويان (الرياض ، مكتبة المعارف ، ط2 ، 1405هـ ـ 1982م) الجزء الأول والثاني ، ص356 .

(180) التشريع الجنائي الإسلامي لأستاذنا الدكتور محمد المدني بوساق ، المرجع السابق ، ص142 .

(181) الحدود والتعزيرات عند ابن القيم لأبو زيد ، المرجع السابق ، ص433 .

(182) البحر الرائق لابن بكر ، المرجع السابق ، ج5 ، ص129 .

(183) التاج الإكليل لمحمد بن يوسف ، المرجع السابق ، ج6 ، ص279 .

(184) مقصد النبيه شرح خطبة التنبيه لمحيي الدين يحيى بن شرف النووي المتوفي سنة 676هـ (مصر ، مطبعة التقدم العالمية ، ط2 ، بدون سنة نشر) ص133 .

(185) كشاف القناع للبهوتي ، المرجع السابق ، ج6 ، ص167 ـ 168 ، والمبدع لابن مفلح الحنبلي ، المرجع السابق ، ج9 ، ص170 .

2- قولـه تعالى : ((وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الإِسْلامِ دِيناً فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ))[187].

ب ـ من السنة النبوية :

ما روي عن عكرمة قال : أتى أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه بزنادقة فأحرقهم فبلغ ذلك ابن عباس ، فقال : لو كنت أنا لم أحرقهم لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (لا تعذبوا بعذاب الله) ولقتلتهم لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : (من بدل دينه فاقتلوه)[188].

6 – جريمة الحرابة أو قطع الطريق :

فقد جاءت بالجمع بين اللفظين وأفرد لها الماوردي[189] فصلاً تحت (باب الولاية على حروب المصالح) بعنوان (في قتال من امتنع من المحاربين وقطاع الطريق) . ولم يفرد لها الفراء[190] فصلاً بل جاءت تحت فصل (في ولايات الإمام) بعنوان (وأما قتال المحاربين وقطاع الطريق) . .

تعريف الحرابة في اللغة :

الحرب مفرد وجمعه حروب . ودار الحرب : بلاد المشركين الذين لا صلح بيننا وبينهم[191].

واسم الحرابة[192] مأخوذ من كلام الله تعالى : ((يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ)) [193].

وجاء عند الماوردي والفراء بأن قطع الطريق داخل في الحرابة[194].

تعريف الحرابة في الاصطلاح :

هم الذين يعترضون الناس مغالبة في صحراء أو بنيان أو بحر أو جو فيغصبونهم أموالهم قهراً مجاهرةً أو يقتلونهم لأخذ أموالهم[195].

([186]) سورة البقرة ، الآية : 217 .

([187]) سورة آل عمران ، الآية : 85 .

(188) نيل الأوطار وشرح منتقى الأخبار ، للإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني (ضبط وتحقيق كمال الجمل وآخرون ، مكتبة الإيمان ، ط1 ، 1420هـ ـ 2000م) ج7 ، رقم 3216 ، ص221 .

([189]) الأحكام السلطانية للماوردي ، المرجع السابق ، ص77 .

([190]) الأحكام السلطانية لأبو يعلي ، المرجع السابق ، ص57 . وأوردها ابن ضويان في : منار السبيل في شرح الدليل ، باباً في كتاب الحدود بعنوان (باب حد قطاع الطريق) .

([191]) القاموس المحيط للفيروز آبادي ، المرجع السابق ، ص93 .

([192]) التشريع الجنائي الإسلامي لأستاذنا الدكتور محمد المدني بوساق ، المرجع السابق ، ص128 .

([193]) سورة المائدة ، الآية : 33 .

([194]) الأحكام السلطانية للماوردي ، المرجع السابق ، ص77 ـ 78، والأحكام السلطانية لأبي يعلي الفراء ، المرجع السابق ، ص57 . بقولهما (إذا اجتمعت طائفة من أهل الفساد على شهر السلاح ، وقطع الطريق ، وأخذ الأموال ، وقتل النفوس) وأضاف الماوردي ومنع السابلة وأضاف الفراء وقتل السابلة . ومعنى السابلة الطُرق المسلوكة ، يقال وأسبلت الطريق : كثرت سابلتها . أنظر القاموس المحيط للفيروز آبادي ، المرجع السابق ، ص1308 .

([195]) المبدع لابن مفلح الحنبلي ، المرجع السابق ، ج9 ، ص145 ، وكشاف القناع للبهوتي ، المرجع السابق ، ج6 ، ص149 .

والمحاربون أو قطاع الطريق[196] هم المكلفون الملتزمون الذين يخرجون على الناس، فيأخذون أموالهم مجاهرة .

أدلة تحريم الحرابة :

أ ـ من القرآن الكريم :

قوله تعالى : ((إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الأَرْضِ فَسَاداً أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ)) [197].

ب ـ من السنة النبوية :

ما روي عن قتادة عن أنس أن ناساً من عُكل وعُرينة قدموا على النبي صلى الله عليه وسلم وتكلموا بالإسلام فاستوخموا المدينة ، فأمر لهم النبي صلى الله عليه وسلم بذود وراع وأمرهم أن يخرجوا فليشربوا من أبوالها وألبانها ، فانطلقوا حتى إذا كانوا بناحية الحَرَّة كفروا بعد إسلامهم وقتلوا راعي النبي صلى الله عليه وسلم واستاقوا الذَّوْدَ ، فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فبعث الطلب في آثارهم ، فأمر بهم فسمَّرُوا أعينهم وقطعوا أيديهم وتُركوا في ناحية الحَرَّة حتى ماتوا على حالهم)[198].

7 – جريمة البغي :

تعريف البغي في اللغة :

البغي هو طلب الشيء ، يقال بغيت كذا أي طلبته وهو التعدي ، يقال بغى عليه استطال ، ويقال بغيٌ وهو كل مجاوزة وإفراط على المقدار الذي هو حد الشيء[199].

والباغي : الطالب ، وبغى عليه يبغي بغياً : علا ، وظلم ، وعدل عن الحق ، وفئة باغية: خارجة عن طاعة الإمام العادل[200].

تعريف البغي في الاصطلاح :

البغاة هم الخارجون على الإمام بتأويل سائغ ولهم شوكة[201].

والبغاة هم الذين يخرجون على الإمام ، ويخالفون الجماعة ، وينفردون بمذهب ابتدعوه[202].

---

(196) منار السبيل في شرح الدليل لابن ضويان ، المرجع السابق ، ص348 . وأضاف فإن أخذوا مختفين فسراق ، وإن اختطفوا وهربوا فمنتهبون لا قطع عليهم ، لأن عادة قطاع الطريق القهر ، فاعتبر ذلك فيهم .

(197) سورة المائدة ، الآية : 33 .

(198) نيل الأوطار للشوكاني ، المرجع السابق ، ج7 ، رقم 3183 ، ص177 .

(199) مختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي (القاهرة ، المطبعة الأميرية ، 1945م) ص59.

(200) القاموس المحيط للفيروز آبادي ، المرجع السابق ، ص1631 .

(201) منار السبيل في شرح الدليل لابن ضويان ، المرجع السابق ، ص352 .

(202) الأحكام السلطانية لأبي يعلى الفراء ، المرجع السابق ، ص54 .

أدلة تحريم البغي :

أ ـ من القرآن الكريم :

1- قولـه تعالى: ((وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ))[203].

2- قولـه تعالى : ((قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَالْأِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَأَنْ تُشْرِكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنَزِّلْ بِهِ سُلْطَاناً وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لا تَعْلَمُونَ)) [204].

ب ـ من السنة النبوية :

قولـه صلى الله عليه وسلم : (من أتاكم وأمركم جميع على رجل واحد ، يريد أن يشق عصاكم أو يفرق جماعتكم فاقتلوه)[205].

ثانياً : القصاص والديات :

تعريف القصاص في اللغة[206]:

القصاص معناه المساواة والمماثلة والتعادل ، وسمي المقص مقصاً لتعادل جانبيه ، والقصاص مأخوذ من قص الأثر وهو اتباعه ، ومنه القاص لأنه يتبع الآثار والأخبار ، وكأن القاتل سلك طريقاً من القتل فقص أثره ومشى على سبيله في ذلك ومنه قولـه تعالى : ((فَارْتَدَّا عَلَى آثَارِهِمَا قَصَصاً))[207] أي رجعا متتبعين آثار سيرهما السابق . ومنه قوله تعالى: ((وَقَالَتْ لأُخْتِهِ قُصِّيهِ))[208] أي ابتغى أثره وقيل القص في اللغة أصله القطع وقد أخذ من هذا كلمة القصاص في الجراح لأنه يقتص من الجاني بمثل فعله بالمجني عليه .

تعريف القصاص في الاصطلاح :

وهي عقوبات مقررة بمعرفة الشارع الأعلى إلا أنها حق خالص للآدميين[209].

وقيل هي التي يعاقب عليها بعقوبات قصاص أو دية ، وكل من القصاص والدية عقوبة مقدرة حقاً للأفراد[210]. ويطلق عليها الجنايات[211] إذاً القصاص هو التعدي على الأبدان بما يوجب قصاصاً أو غيره أي مالاً أو كفارة[212].

---

(203) سورة الحجرات ، الآية : 9 .

(204) سورة الأعراف ، الآية : 33 .

(205) صحيح مسلم بشرح النووي ، المرجع السابق ، المجلد السادس ، ج12 ، كتاب الإمارة ، 1852 ، ص207 .

(206) مختار الصحاح للرازي ، المرجع السابق ، ص537 ـ 538 والقاموس المحيط للفيروزآبادي ، المرجع السابق ، ص809 ، والجامع لأحكام القرآن لأبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي (دار المكاتب العربية للطباعة والنشر ، ط2 ، 1387هـ ـ 1967م)، ج2، ص5 . والنظرية العامة للإثبات لهلال عبد الإله أحمد ، المرجع السابق ، ص175. ولسان العرب لابن منظور ، المرجع السابق ، ج8 ، ص341 .

(207) سورة الكهف: الآية64

(208) سورة القصص: الآية11

(209) أصول التشريعات العقابية في الدول العربية لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص89 .

(210) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده ، المرجع السابق ، ص79 .

وتختلف عن الحدود بأنها يجوز فيها العفو من قبل المجني عليه أو وليه ، كما يجوز فيها الشفاعة سواء كانت الجناية في النفس أو ما دونها بينما الحدود لا يجوز فيها عفو ولا شفاعة . فمتى ثبتت وجب على ولي الأمر تنفيذها كما أسلفنا .

كذلك تختلف القصاص والديات عن الحدود أنها حق خالص للآدمي بينما الحدود حق خالص لله تعالى ، باستثناء حد القذف عند الشافعية فيرون أنه حق الفرد فيه غالب .

كذلك القصاص والديات يمكن استيفاءها من المجني عليه أو وليه بحضرة الإمام ، بينما الحدود لا يمكن استيفاءها إلا من الإمام أو من يفوضه في ذلك .

وتتفق كل من القصاص والديات مع الحدود بأن جميعها عقوبات مقدرة .

ثالثاً : التعازير :

تعريف التعزير في اللغة :

التعزير مصدر عزر ، والعزر في اللغة الرد والمنع وهو أيضاً التأديب ومنه التعزير الذي هو الضرب دون الحد .

ويطلق التعزير على النصرة والتوقير والتعظيم ومنه قوله تعالى :((وَتُعَزِّرُوهُ وَتُوَقِّرُوهُ))[213] . ويقال عزر فلاناً عزراً أي لامه وأعانه ، وعَزَرَهُ الشيء أي منحه ورده[214].

وقد سميت العقوبة تعزيراً لأنه من شأنها أن تمنع الجاني وترده عن العودة لارتكاب الجريمة مرة أخرى .

تعريف التعزير في الاصطلاح :

وهي العقوبة التي يقدرها ولي الأمر جنساً وقدراً ، إما بتفويض من الشارع الأعلى فيما حرمه ولم يضع له عقوبة حدية أو بالنسبة لما يرى ولي الأمر حظره تحت جزاء العقاب سياسة تقييداً للإباحة لمصلحة مرسلة أو سداً للذرائع[215].

والتعزير هو التأديب دون الحد[216].

وقيل هي تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود[217].

وتتفق التعازير مع الحدود بأنها تأديب واستصلاح وزجر يختلف باختلاف الذنب ويختلف عنها من وجهين[218]:-

---

([211]) منار السبيل في شرح الدليل لابن ضويان ، المرجع السابق ، ص283 .

([212]) كشاف القناع للبهوتي ، المرجع السابق ، ج5 ، ص503 .

([213]) سورة الفتح ، الآية : 9 .

([214]) مختار الصحاح للرازي ، المرجـع السابق ، ص429، والقاموس المحيط للفيرز آبادي ، المرجع السابق ، ص563، ولسان العـرب لابـن منظور ، المرجع السابق ، ج4 ، ص561 .

([215]) أصول التشريعات العقابية في الدول العربية لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض، المرجع السابق ، ص90 .

([216]) شرح فتح القدير لمحمد بن عبد الواحد السيواسي المتوفي سنة 681هـ (بيروت ، دار الفكر ، ط2 ، بدون سنة نشر) ج5 ، ص345 .

([217]) الأحكام السلطانية للماوردي ، المرجع السابق ، ص293 . والأحكام السلطانية لأبو يعلي الفراء ، المرجع السابق ، ص279، والتشـريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عودة ، المرجع السابق ، ص126 ـ 127 .

([218]) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده ، المرجع السابق ، ص127 .

الوجه الأول : أن لكل عقوبة حَدّ عقوبة معينة أو عقوبات لا محيص من توقيعها على الجاني ، أما في التعزير فهناك مجموعة من العقوبات تبدأ من النصح وتنتهي بالجلد والحبس ، وقد تصل للقتل في الجرائم الخطيرة، ويترك للقاضي أن يختار من بين هذه المجموعة العقوبة الملائمة للجريمة ولحال المجرم ونفسيته وسوابقه ، وللقاضي أن يوقع أكثر من عقوبة ، وله أن يخفف العقوبة أو يشددها ، وله أن يوقف التنفيذ إن رأى في ذلك ما يكفي لردع الجاني وتأديبه .

الوجه الثاني : أن عقوبة الحد لا يجوز لولي الأمر فيها العفو . أما عقوبات التعازير فلولي الأمر العفو عنها كلها أو بعضها .

المطلب الثاني : العقوبات المقررة للجرائم في الشريعة ومضمون إثباتها :

الفرع الأول : العقوبات المقررة للجرائم في الشريعة :

أ ـ تعريف العقوبة

تعريف العقوبة في اللغة :

العقوبة مصدر عاقب يعاقب عقوبة وهو الجزاء على الفعل . قال تعالى : ((وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ))[219].

تعريف العقوبة في الاصطلاح :

هي الجزاء المقرر لمصلحة الجماعة على عصيان أمر الشارع[220].

وقيل العقوبة جزاء تقويمي ، تنطوي على إيلام مقصود ، تنزل بمرتكب جريمة ذي أهلية لتحملها ، بناءً على حكم قاضي يستند إلى نص قانوني يحددها ، ويترتب عليها إهدار حق لمرتكب الجريمة أو مصلحة له أو ينقصها أو يعطل استعمالها[221].

ب ـ شروط العقوبة :

وحتى تكون العقوبة مشروعة يشترط أن يتوفر فيها ثلاثة شروط هي[222]:

أولاً : أن تكون العقوبة شرعية :

بمعنى أن يكون مصدرها الشريعة الإسلامية فإما أن يكون مردها القرآن أو السنة أو الإجماع ، أو يكون مصدرها قانوناً رسمه ولي الأمر بشرط ألا يخالف نصوص الشريعة الإسلامية وإلا كانت العقوبة بذلك باطلة وغير شرعية.

ثانياً : أن تكون العقوبة شخصية :

أي لا تتعدى الجاني إلى غيره ، فلا يشترك معه في العقوبة أقاربه أو أي شخص له صلة به ، فالعقوبة تكون لمن ارتكب الجريمة ، سواء كان الجاني واحداً أو أكثر ، فلا تتعداهم إلى غيرهم .

والشريعة الإسلامية تطبق مبدأ المسئولية الجنائية الشخصية تطبيقاً دقيقاً من يوم وجودها ، فلا يسأل عن الجرم إلا فاعله ، وقد جاء في القرآن الكريم ما يدل على هذا المبدأ العادل . حيث قال جل وعلا : ((وَلا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى)) [223].

وقال جل وعلا : ((وَلا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إلا عَلَيْهَا)) [224].

ثالثاً : المساواة في التطبيق :

بمعنى أن يتساوى في العقوبة كل الناس مهما اختلفت أقدارهم بحيث يتساوى في العقوبة الغني والفقير ، والحاكم والمحكوم ، والصغير والكبير . فلا فرق بين شخص وآخر ، وهذه المساواة توجد فقط في العقوبات المقررة للحدود والقصاص ،

---

(219) سورة النحل ، الآية : 126 .

(220) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده ، المرجع السابق ، ص609 .

(221) الأحكام العامة للنظام الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون للصيفي ، المرجع السابق ، ص483 .

(222) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده ، المرجع السابق ، ص629 ـ 631 .

(223) سورة فاطر ، الآية : 18 .

(224) سورة الأنعام ، الآية : 164 .

أما في عقوبات التعازير فيراعى فيها ظروف وأحوال الناس ، ولو كانت المساواة في التعزير لأصبح التعزير حداً ، ولذلك فالقاضي الجنائي إذا اقتنع بأن الزجر يفيد بالشخص زجره ، وإذا اقتنع بأن التهديد يفيد به هدده فبعض الناس يفيد فيه الزجر والتهديد وبعضهم لا يفيد به إلا الحبس أو الضرب أو غير ذلك .

ج - أنواع العقوبات :

ويقسم الفقهاء العقوبات في الشريعة الإسلامية بأنواع عديدة وسوف نقتصر على تقسيم العقوبات بحسب الجرائم التي فرضت عليها وهي :

1- عقوبات الحدود .
2- عقوبات القصاص والدية .
3- عقوبات الكفارات .
4- عقوبات التعازير .

أولاً : عقوبات الحدود :

1 – حد الزنا :

تعاقب الشريعة الإسلامية في حد الزنا ثلاث عقوبات هي :

1 – الجلد 2 – التغريب 3 – الرجم

فالجلد والتغريب معاً عقوبة الزاني غير المحصن ، والرجم عقوبة الزاني المحصن، فإذا كانا الزانيان غير محصنين جلدا وغربا ، وإن كانا محصنين رجما ، وإن كان أحدهما محصناً والثاني غير محصن رُجم المحصن وجلد وغرب غير المحصن .

فيجلد الزاني غير المحصن مائة جلدة لقوله تعالى : ((الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ))(225).

ويغرب الزاني غير المحصن من بلده الذي زنا فيه إلى بلد آخر داخل حدود دار الإسلام على ألا تقل المسافة بين البلدين عن مسافة القصر ، عملاً بقوله صلى الله عليه وسلم : (قد جعل الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة والثيب بالثيب ، جلد مائة والرجم)(226).

واختلف الفقهاء في تغريب غير المحصن هل هو حداً أم تعزيراً ؟

فأبو حنيفة وأصحابه يرى أن التغريب تعزيراً لا حداً ويجوز للإمام الحكم به إذا رأى فيه مصلحة .

والإمام مالك يرى أن التغريب حداً واجباً على الرجل دون المرأة وأن يسجن الزاني في بلده التي يغرب إليها .

والشافعي وأحمد يريان أن التغريب حداً واجباً على الرجل والمرأة إلا أن الشافعي يرى أنه لا يسجن وإنما يراقب إلا إذا خيف هربه إلى بلده فيسجن .

---

(225) سورة النور ، الآية : 2 .

(226) صحيح مسلم بشرح النووي ، المرجع السابق ، ج11 ، كتاب الحدود ، رقم 1690 ، ص172 .

وأحمد يرى أن المغرب لا يسجن .

ويرجم المحصن سواء كان رجلاً أو امرأة رمياً بالحجارة حتى الموت ، واختلف الفقهاء في المحصن هل يجلد ثم يرجم أم يرجم فقط ؟

القول الأول : للجمهور وهو قول أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحد الروايتين عن أحمد بأنه يرجم فقط ولا يجلد .

القول الثاني : هو رواية عن أحمد والظاهرية بأنه يجلد المحصن ثم يرجم . أي يجمع بين الجلد والرجم .

القول الثالث : وهو لأبي بن كعب[227] رضي الله عنه ومسروق[228] رحمه الله تعالى حيث يرون أن الجمع بين الجلد والرجم للمحصن خاص بالشيخ والشيخة دون الشاب ، فالشاب إن كان محصناً رجم فقط وإن لم يحصن جلد .

(وأما العبد وما جرى عليه حكم الرق[229] فحده خمسون جلده على النصف من الحر لنقصه بالرق واختلف في تغريب الرق فقيل لا يغرب لما في التغريب من الأضرار بسيده، وهو قول مالك ، وقيل يغرب عاماً كاملاً كالحر، وظاهر مذهب الشافعي أن يغرب نصف عام كالجلد في تنصيفه) [230].

2 - حد القذف :

وتعاقب الشريعة الإسلامية في حد القذف بعقوبتين هما :

1- الجلد وهي عقوبة أصلية .

2- عدم قبول شهادة القاذف وهي عقوبة تبعية .

وأضاف بعضهم عقوبة ثالثة وهي الحكم بفسق القاذف[231] فيعاقب القاذف بالجلد ثمانون جلدة إذا كان قذفه كذباً وافتراء على المقذوف ، والأصل في عقوبتي القذف الجلد وعدم قبول الشهادة لقوله تعالى : ((وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ))[232].

واتفق الفقهاء على عدم قبول شهادته بعد حده إذا لم يتب واختلفوا في حكم قبول شهادته بعد توبته إلى قولين :

القول الأول : لأبي حنيفة وأصحابه ويرون عدم قبول شهادة القاذف بعد حده ولو تاب .

القول الثاني : للشافعي ومالك وأحمد ويرون قبول شهادته بعد حده إذا تاب .

([227]) هو أبي بن كعب الأنصاري الخزرجي رضي الله عنه سيد القراء ، اختلف في عام وفاته فقيل سنة 32هـ وقيل غير ذلك ، الحدود والتعزيرات عند ابن القيم لأبو زيد ، المرجع السابق ، ص130 .

([228]) هو مسروق بن الأجدع الهمداني الكوفي ، ثقة عابد ، مات سنة 63هـ ، الحدود والتعزيرات عند ابن القيم لأبو زيد ، المرجع السابق ، ص130.

([229]) ما جرى عليه حكم الرق كالمدبر والمكاتب وأم الولد .

([230]) الأحكام السلطانية للماوردي ، المرجع السابق ، ص279 .

([231]) الحدود والتعزيرات عند ابن القيم لأبو زيد ، المرجع السابق ، ص225 ـ 226 .

([232]) سورة النور ، الآية : 4 .

ومنبع الخلاف هو مرجع الاستثناء في الآية : ((إِلا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا)) [233].

فمن قال بأن الاستثناء راجع إلى قوله وأولئك هم الفاسقون فقط قال بقبول القذف وارتفع فسقه بالتوبة ، ولم تقبل شهادته أبداً .

ومن قال أن الاستثناء راجع إلى قوله ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً ، وأولئك هم الفاسقون أي إلى رد الشهادة ، والحكم بالفسق . فعلى ذلك تقبل شهادة المحدود بعد التوبة، ويصير عدلاً بتوبته ، وهذا هو الراجح إذ لا معنى لارتفاع الفسق وعدم قبول الشهادة[234].

3 - حد السرقة :

تعاقب الشريعة الإسلامية على السرقة بالقطع لقوله تعالى : ((وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ))[235].

واتفق الفقهاء على عقوبة ضمان المال المسروق في حال سقوط القطع[236].

وأما القطع فقد اتفق الفقهاء في حال ثبوت حد السرقة على قطع اليد اليمنى من مفصل الكف[237] لقراءة عبد الله بن مسعود ((فاقطعوا أيمانهما)) وروى عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما أنهما قالا : (إذا سرق السارق فاقطعوا يمينه من مفصل الكوع) ولا مخالف لهما في الصحابة[238].

فإن سرق مرة ثانية فتقطع رجله اليسرى من مفصل الكعب ويترك عقبه[239] لما روي عن علي رضي الله عنه (أنه كان يقطع من شطر القدم ، ويترك له عقباً يمشي عليها) واختلف الفقهاء إن سرق السارق مرة ثالثة على قولين[240]:

القول الأول : لأبو حنيفة ويرى أنه لا يقطع .

القول الثاني : للشافعي ويرى أنه تقطع يده اليسرى وإن سرق في الرابعة تقطع رجله اليمنى وإن سرق في الخامسة عزر ولم يقتل .

ويرى الشافعي وأحمد تعليق يد السارق بعد قطعها في عنقه بعض الوقت كساعة من زمان للزجر والتنكيل ، ولا ذكر للتعليق عند الحنفية والمالكية[241].

([233]) سورة النور ، الآية : 5 .

([234]) التشريع الجنائي الإسلامي للحميد ، المرجع السابق ، ص99 ـ 100 .

([235]) سورة المائدة ، الآية : 38 .

([236]) التشريع الجنائي الإسلامي لأستاذنا الدكتور محمد المدني بوساق ، المرجع السابق ، ص126 .

([237]) منار السبيل في شرح الدليل لابن ضويان ، المرجع السابق ، ص345 ، والتشريع الجنائي لعبد القادر عوده ، المرجع السابق ، ص652 . والأحكام السلطانية للماوردي ، المرجع السابق ، ص282 والأحكام السلطانية لأبو يعلى الحنبلي ، المرجع السابق ، ص266 ، حيث وردت عند الماوردي وأبو يعلى بلفظ (من مفصل الكوع) والتشريع الجنائي الإسلامي لأستاذنا الدكتور محمد المدني بوساق ، المرجع السابق ، ص123 . وجاءت بلفظ (من مفصل الزند) وجميع الألفاظ معناها واحد .

([238]) منار السبيل في الشرح الدليل لابن ضويان ، المرجع السابق ، ص345 .

([239]) منار السبيل في شرح الدليل لابن ضويان ، المرجع السابق ، ص346 .

([240]) الأحكام السلطانية للماوردي ، المرجع السابق ، ص282 ، والأحكام السلطانية لأبو يعلى الحنبلي، المرجع السابق ، ص266، ومنار السبيل في شرح الدليل لابن ضويان ، المرجع السابق ، ص347 وأشار إلى أن القول الثاني لمالك والشافعي وابن المنذر.

([241]) التشريع الجنائي الإسلامي لأستاذنا الدكتور محمد المدني بوساق ، المرجع السابق ، ص123 .

(ولا قطع عند الجميع إذا فات العضو المستحق للقطع بآفة أو قصاص أو جناية بعد السرقة أما إن وقع فوات العفو قبل السرقة فإن القطع الواجب للسرقة ينتقل إلى عضو غيره)[242].

واختلف الفقهاء في تضمين قيمة المسروق التالف أو المستهلك إلى ثلاثة أقوال[243]:-

القول الأول : ذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أن القطع والضمان لا يجتمعان معاً فإذا قطع السارق فلا ضمان عليه ، ويضمن السارق عندهم فيما لو استهلك المال المسروق بعد القطع لأن استهلاكه بعد القطع نظير استهلاك الأمير ما تحت يده .

القول الثاني : ذهب الشافعي وأحمد إلى أن السارق يضمن المال المسروق بعد القطع ولا مانع من اجتماع القطع مع ضمان المال .

القول الثالث : ذهب الإمام مالك إلى اشتراط أن يكون السارق موسراً بعد السرقة وأن يتصل من اليسر إلى وقت القطع وذلك لضمان المال المسروق مع القطع .

ولا ضمان عليه فيما لو كان المقطوع معسراً وقت السرقة .

4 - حد الشرب :

تعاقب الشريعة الإسلامية شارب الخمر بالجلد واختلف الفقهاء في عدد الجلد هل هو ثمانون جلدة أم أربعون جلدة على قولين[244]:-

القول الأول : ذهب أبو حنيفة ومالك وأحمد في رواية عنه إلى أن عقوبة شرب الخمر ثمانون جلدة .

القول الثاني : ذهب الشافعي وأحمد في رواية أخرى عنه إلى أن عقوبة شرب الخمر أربعون جلدة فقط . ولا بأس عند الشافعي أن يضرب الإمام المحدود ثمانين جلدة إن رأى ذلك ويكون ما زاد عن الأربعين تعزيراً .

ويحد شارب الخمر الرقيق أربعون جلدة[245] لما روي عن بن شهاب . أنه سئل عن حد العبد في الخمر فقال : (بلغني أن عليه نصف حد الحر في الخمر ، وأن عمر وعثمان وعبد الله بن عمر قد جلدوا عبيدهم نصف الحد في الخمر) .

5 - حد البغي :

تعاقب الشريعة على البغي بالقتل[246] والأصل في ذلك قوله تعالى : ((وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّه))[247].

([242]) التشريع الجنائي الإسلامي لأستاذنا الدكتور محمد المدني بوساق ، المرجع السابق ، ص121 .

([243]) التشريع الجنائي الإسلامي لأستاذنا الدكتور محمد المدني بوساق ، المرجع السابق ، ص126 ، 127 .

([244]) التشريع الجنائي الإسلامي لأستاذنا الدكتور محمد المدني بوساق ، المرجع السابق ، ص78 .

([245]) منار السبيل في شرح الدليل لابن ضويان ، المرجع السابق ، ص336 .

6 - حد الحرابة[248]:

فرضت الشريعة الإسلامية لجريمة الحرابة أربع عقوبات هي :

1 – القتل 2 – القتل مع الصلب 3 – القطع 4 – النفي

ومصدر هذه العقوبات هو القرآن الكريم حيث يقول عز وجل ((إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الأَرْضِ فَسَاداً أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الأَرْضِ))[249].

1- القتل : وتجب هذه العقوبة على قاطع الطريق إذا قتل ، وهي حد لا قصاص فلا تسقط بعفو ولي المجني عليه .

2- القتل مع الصلب : وتجب هذه العقوبة على قاطع الطريق إذا قتل وأخذ المال فهي عقوبة على القتل والسرقة معاً أو هي عقوبة على جريمتين كلاهما اقترنت بالأخرى أو ارتكبت إحداهما وهي القتل لتسهيل الأخرى وهي أخذ المال . وهي حد لا قصاص فلا تسقط بعفو ولي المجني عليه .

3- القطع : وتجب هذه العقوبة على قاطع الطريق إذا أخذ المال ولم يقتل، والمقصود بالقطع هنا هو قطع يد المجرم اليمنى ورجله اليسرى دفعة واحدة أي قطع يده ورجله من خلاف .

4- النفي وتجب هذه العقوبة على قاطع الطريق إذا أخاف الناس ولم يأخذ مالاً ولم يقتل .

7 - حد الردة :

تعاقب الشريعة الإسلامية للردة عقوبتان[250].

1- القتل وهي عقوبة أصلية .

2- المصادرة وهي عقوبة تبعية

فتعاقب الشريعة المرتد بالقتل والأصل في ذلك قوله تعالى : ((وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ))[251]. وقوله صلى الله عليه وسلم (من بدل دينه فاقتلوه)[252].

وتعاقب الشريعة المرتد بمصادرة ماله ، ويختلف الفقهاء في مدى المصادرة إلى قولين : -

---

(246) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده ، المرجع السابق ، ص662 .

(247) سورة الحجرات ، الآية : 9 .

(248) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده ، المرجع السابق ، ص656 وما بعدها .

(249) سورة المائدة ، الآية : 33 .

(250) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده ، المرجع السابق ، ص661 ، 662 .

(251) سورة البقرة ، الآية : 217 .

(252) نيل الأوطار للشوكاني ، المرجع السابق ، ج7 ، كتاب حد شارب الخمر ، باب قتل المرتد ، رقم 3216 ، ص221 وتحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي لأبي العلا محمد بن عبد الرحمن المباركفوري (بيروت ، دار الكتب العلمية، ط1 ، 1410هـ ـ 1990م) الجزء الرابع ، ج5 ، أبواب الحدود ، باب 25 ، رقم 1483 ، ص20 .

القول الأول : ذهب الإمام مالك والشافعي والرأي الراجح في مذهب الإمام أحمد إلى أن المصادرة تشمل كل مال المرتد .

القول الثاني : ذهب الإمام أبو حنيفة وبعض الفقهاء في مذهب الإمام أحمد على أن مال المرتد الذي اكتسبه بعد الردة هو الذي يصادر ، أما ماله الذي اكتسبه قبل الردة فهو من حق ورثته من المسلمين .

ثانياً : عقوبات القصاص والدية [253]:

وتعاقب الشريعة الإسلامية على جرائم القصاص والدية بالعقوبات التالية:

1 – القصاص 2 – الدية 3 – الكفارة 4 – الحرمان من الميراث

5 – الحرمان من الوصية .

1 – عقوبة القصاص :

جعلت الشريعة القصاص عقوبة القتل العمد والجرح العمد ، ومعنى القصاص أن يعاقب المجرم بمثل فعله فيقتل كما قتل ويجرح كما جرح .

والأصل في القصاص قوله تعالى : ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ * وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ)) [254].

2 – عقوبة الدية :

جعلت الشريعة الدية عقوبة أصلية للقتل والجرح في شبه العمد والخطأ ، والأصل في الدية قوله تعالى : ((وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِناً إلا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إلا أَنْ يَصَّدَّقُوا)) [255].

والدية مقدار من المال تدخل في مال المجني عليه .

3 – عقوبة الكفارة :

والأصل فيها قول تعالى : ((وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إلا أَنْ يَصَّدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّه)) [256].

([253]) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده ، المرجع السابق ، ص663 وما بعدها .

([254]) سورة البقرة ، الآية : 178 ، 179 .

([255]) سورة النساء ، الآية : 92 .

([256]) سورة النساء ، الآية : 92 .

والكفارة عقوبة أصلية وهي عتق رقبة مؤمنة ، فمن لم يجدها أو يجد قيمتها يتصدق بها فعليه صيام شهرين متتابعين ، فالصوم عقوبة بدلية لا تكون إلا إذا امتنع تنفيذ العقوبة الأصلية .

وظاهر النص أن الكفارة شرعت في القتل الخطأ ومن المتفق عليه أنها واجبه في القتل الخطأ ، وكذلك القتل شبه العمد لأنه يشبه الخطأ من وجه إذ الجاني لا يقصد قتل المجني عليه .

4 – عقوبة الحرمان من الميراث :

وجعلت الشريعة الحرمان من الميراث عقوبة تبعية تصيب القاتل تبعاً للحكم عليه بعقوبة القتل والأصل قوله صلى الله عليه وسلم (ليس للقاتل شيء من الميراث)[257]. وقوله (القاتل لا يرث)[258].

5 – عقوبة الحرمان من الوصية :

وجعلت الشريعة الحرمان من الوصية عقوبة تبعية والأصل فيها قوله صلى الله عليه وسلم (ليس للقاتل شيء)[259] .

ثالثاً : عقوبات الكفارات[260]:

عقوبة الكفارة هي العقوبة المقررة على المعصية بقصد التكفير عن إتيانها، والكفارة في الأصل نوع من العبادة ، لأنها عبارة عن عتق أو إطعام أو صوم . فإذا فرضت على عمل لا يعتبر معصية فهي عبادة خالصة كالإطعام بدلاً عن الصوم لمن لا يطيق الصوم ، وإذا فرضت على ما يعتبر معصية فهي عقوبة جنائية خالصة كالكفارة في القتل الخطأ .

والكفارات التي فرضتها الشريعة عقوبات جنائية هي العتق والإطعام والكسوة والصيام .

رابعاً :عقوبات التعازير :

جرى التشريع الجنائي الإسلامي على أن لا يفرض لكل جريمة من جرائم التعزير عقوبة معينة ، كما تفعل القوانين الوضعية ، لأن تقييد القاضي بعقوبة معينة يمنع العقوبة أن تؤدي وظيفتها ، ويجعل العقوبة غير عادلة في كثير من الأحوال ،

([257]) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده ، المرجع السابق ، ج1 ، ص680 .

([258]) تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي ، المرجع السابق ، ج6 ، أبواب الفرائض ، باب 16 ، رقم 2192 ، ص242 فيه دليل على أن القاتل لا يرث من المقتول ، سواء كان قتل خطأ أو عمداً وإليه ذهب أكثر أهل العلم .

(259) شرح موطأ الإمام مالك لأبي الوليد الباهي (مطبعة السعادة، ط1، 1332هـ) ج7 ، ص 340 والروض المربع شرح زاد المستقنع لمنصور بن يونس البهوتي (أخرج أحاديثه : عبد الرحمن بن ناصر السعدي ، بيروت ، مؤسسة الرسالة ، الرياض ، دار المؤيد ، ط1) ص501 – 502 .

([260]) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده ، المرجع السابق ، ص683 وما بعدها وسماها العقوبة التعبدية لأ ا دائرة بين العبادة والعقوبة .

لأن ظروف الجرائم والمجرمين تختلف اختلافاً بيناً ، وما قد يصلح مجرماً بعينه قد يفسد مجرماً آخر، وما يردع شخصاً عن جريمة قد لا يردع غيره[261].

وإذا كانت الشريعة قد عرفت عقوبات تعزيرية معينة فليس معنى ذلك أنها لا تقبل غيرها ، بل إن الشريعة تتسع لكل عقوبة تصلح الجاني وتؤدبه وتحمي الجماعة من الإجرام[262].

وتعاقب الشريعة بعقوبات تعزيرية ومنها عقوبة القتل والجلد والحبس والتغريب أو الإبعاد والصلب عند بعض الفقهاء على ألا يزيد عن ثلاثة أيام في صلب الإنسان حياً والوعظ والهجر والتوبيخ والتهديد والتشهير والغرامة وغيرها[263].

الفرع الثاني : مضمون إثبات الجرائم في الشريعة وتطبيق العقوبات المقررة عليها :

القاضي الجنائي في الشريعة الإسلامية وعند نظره إلى الدعوى المعروضة أمامه يتأكد أولاً من توفر الأركان العامة للجريمة فقد يكون الفعل لا يعد جريمة، وذلك إذا لم يتوفر أحد هذه الأركان كأن يكون الجاني صغيراً غير مكلفاً فيعتبر بذلك غير مسئولاً ، فيأمر القاضي بألا وجه لإقامة الدعوى .

أما إذا توفرت الأركان العامة فينتقل القاضي الجنائي إلى البحث في الأركان الخاصة للجريمة ليتحقق من توافرها ، وذلك يكون عن طريق أدلة الإثبات .

وبما أن هناك ترابطاً وثيقاً بين أدلة الإثبات والقاضي الجنائي في الدعوى الجنائية فتعتبر هي نشاطه وعن طريقها يصل إلى أحد أمرين إما إدانة المتهم أو براءته .

لذلك فإن تقدير قيمة أي من أدلة الإثبات كذلك مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بالاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي .

فأدلة الإثبات هي المحك الحقيقي والتي يكون القاضي الجنائي اقتناعه من خلالها .

واتفق الفقهاء في الشريعة الإسلامية على أن الحدود والقصاص تثبت بالإقرار والشهادة.

فالإقرار[264] لابد وأن يكون اختيارياً[265] صريحاً من المقر يدلي به في مجلس القضاء بقصد الكشف عن الحقيقة ويصدقه الظاهر .

والشهادة[266] لابد وأن تكون إدراكية مصحوبة بلفظ أشهد وتصدر اختيارياً من عدل بالغ عاقل غير متأثر بقرابة أو ولاء أو عداوة لا يؤتمن معها الشهادة دون ميل .

([261]) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده ، المرجع السابق ، ص685 .

([262]) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده المرجع السابق ، ص686 .

([263]) راجع التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده ، المرجع السابق ، الفقرات 480 ، 481 ، 482 ، 485 ، 486 ، 487 ، 488 ، 489 ، 490 ، 491، 493 ، ص987 وما بعدها .

([264]) أصول التشريعات العقابية في الدول العربية، لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض، المرجع السابق، ص89 .

(265) ويصح إقرار المكره إذا طلب منه المال ، فيعتبر إقامة الحد ليس بالإقرار المكره عليه ، وإنما بوجود المال الذي توصل إليه بالإقرار ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن قيم الجوزيه ، المرجع السابق ، ص7 .

ويجب أن تكون الشهادة من متعدد ، وأن تتلاقى على متحد ، وتكون من رجال ، وألا يحصل الرجوع فيها .

وعدد الشهود المتفق عليه اثنان في موجبات الحدود فيما عدا الزنا فيجب توافر أربعة شهود عدول .

أما جرائم التعازير فتثبت بجميع طرق الإثبات الشرعية بما فيها القرائن .

ولكن بعض الفقهاء[267] يرى أن الحدود والقصاص والتعازير بلا استثناء تثبت بالإمارات وشواهد الحال والقرائن كما تثبت بالإقرار والشهادة .

فالجمهور يرى أن أدلة الإثبات في الحدود والقصاص محصورة في الإقرار والشهادة . أما ابن تيمية وابن قيم الجوزيه رحمهما الله تعالى يرون أنها غير محصورة في الإقرار والشهادة بل تضاف إليها القرائن والإمارات وشواهد الحال معللين أن من هذه الأدلة ما يكون أقوى من الإقرار والشهادة في بعض الأحوال وأساس هذا الاختلاف هو المقصود بالبينة .

والبينة في اللغة هي الدليل والحجة ، والبينة مؤنث البيِّن ، والبين والبينة اسم فاعل من باب على خلاف الأصل ، وجاء بائن على الأصل ، وبان الشيء اتضح فهو بين ، وبينته وأبنْتَه أي أوضحته وعرفته ، واستبان الشيء أي ظهر ، والتبيين الإيضاح أو الوضوح[268]. ومنه قوله تعالى ((آيَاتٌ بَيِّنَات))[269] ، أي واضحات .

وقد اختلف الفقهاء في معناها على لسان الشارع على قولين[270]: ـ

القول الأول : وذهب إلى أن المراد بالبينة هي الشهود فقط ، ويقول بذلك الجمهور . واستندوا في ذلك إلى أن البينة جاءت على لسان الشارع في أكثر من موضع مراداً بها الشهود ، وأدلتهم في ذلك :

1- ما أخرجه البخاري وأبو داود والترمذي عن ابن عباس رضي الله عنهما ، أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي صلى الله عليه وسلم بشريك بن سحماء ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم (البينة أو حدٌ في ظهرك)[271]. وقد سبق أن أشار القرآن الكريم إلى أن البينة التي يثبت بها الزنا هي أربعة شهود إذ قال تعالى : ((وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً))[272]. فدل على أن مراد الرسول صلى الله عليه وسلم من البينة في الحديث هي الشهود فقط.

([266]) أصول التشريعات العقابية في الدول العربية لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص89

([267]) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزيه ، المرجع السابق ، ص6 وما بعدها .

([268]) لسان العرب لابن منظور ، المرجع السابق ، ج13 ، ص67 . ومختار الصحاح للرازي ، المرجع السابق ، ص72.

([269]) سورة آل عمران ، الآية : 97 .

([270]) من طرق الإثبات للبهي ، المرجع السابق ، ص5 . والنظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص189 .

(271) فتح الباري بشرح صحيح البخاري للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (شرح وتصحيح وتحقيق محب الدين الخطيب ، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه محمد فؤاد عبد الباقي ، راجعه قصي محب الدين الخطيب ، القاهرة ، دار الريان للتراث ، ط1، 1407 ـ 1986م) ج8 ، حديث رقم 4747 ، ص303 . وزاد المعاد في هدي خير العباد لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزيه (حققه وخرجه وعلق عليه شعيب وعبد القادر الأرناؤوط ، بيروت ، مؤسسة الرسالة، الكويت ، مكتبة المنار الإسلامية ، ط23 ، 1409هـ ـ 1989م)ج5 ، ص357 وسنن النسائي ، المرجع السابق ، ج6 ، ص172 .

([272]) سورة النور ، الآية : 4 .

2- أن النبي صلى الله عليه وسلم عندما اختصم إليه الأشعث بن قيس مع آخر في بئر فقال لـه صلى الله عليـه وسلم (بينتك أو يمينـه)[273]. وفسرت الرواية الأخرى الواردة في نفس الواقعة مراد الرسول من البينة حيث قال (شاهداك أو يمينه)[274] فدل على أن المراد بالبينة هي الشهود .

3- أن كثيراً من الآيات التي وردت في القرآن الكريم وفي مواضع مختلفة اعتبرت الشهادة أساساً للإثبات . ففي البيع قال تعالى :((وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ))[275]. وفي التداين قال تعالى ((وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ))[276]. وفي الطلاق والرجعة قال تعالى : ((فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ))[277].وفي الوصية قال تعالى : ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ))[278].

ويترتب على رأي الجمهور بأن البينة المقصود بها شهادة الشهود فقط ، حصر طرق الإثبات الشرعية على الإقرار والشهادة واليمين والنكول والقسامة وعلم القاضي[279]. وبعضهم حصر طرق الإثبات في اليمين والشهادة ، وبعضهم حصر طرق الإثبات بأنها سبعة : هي البينة واليمين والنكول عن اليمين والقسامة وعلم القاضي والقرينة الواضحة التي تصير الأمور في حيز المقطوع بها[280].

القول الثاني : وذهب إلى أن المراد بالبينة هي الحجة والدليل بصفة عامة ، ولم يقصد بها الشهود فقط ، وقصرها على الشهود هو تخصيص بغير مخصص ويقول بذلك ابن تيمية وابن قيم الجوزيه وابن فرحون . فالبينة كما يقول ابن القيم رحمه الله تعالى (هي اسم لكل ما يبين الحق ويظهره ، ومن خصها بالشاهدين أو الأربعة أو الشاهد لم يوف مسماها حقه ، ولم تأت البينة قط في القرآن مراداً بها الشاهدان ، وإنما أتت مراداً بها الحجة والدليل والبرهان مفردة ومجموعة ، وكذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم (البينة على المدعي)[281]. المراد به : أن عليه ما يصحح دعواه ليحكم له ، والشاهدان من البينة . ولا ريب أن غيرها من أنواع البينة قد يكون أقوى منها ، كدلالة الحال على صدق المدعي ، فإنها أقوى من دلالة إخبار الشاهد)[282].

([273])([2]) صحيح مسلم بشرح النووي ، المرجع السابق ، ج2 ، كتاب الإيمان ، باب 61 ، حديث رقم 221 ، ص140.

([275]) سورة البقرة ، الآية : 282 .

([276]) سورة البقرة ، الآية : 282 .

([277]) سورة الطلاق ، الآية : 2 .

([278]) سورة المائدة ، الآية : 106 .

([279]) الفائز ، إبراهيم محمد ، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة ، ط1 ، 1982م) ، ص36 .

([280]) حاشية ابن عابدين لمحمد أمين (مطبعة مصطفى الحلبي ، 1386هـ) ، ج5 ، ص354 .

(281) السنن الكبرى للبيهقي (بيروت ، دار المعرفة ، بدون بدون سنة نشر) ج6 ، ص63 وتحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، المرجـع السابق، ج4 ، أبواب الأحكام ، باب 12 ، حديث رقم 1356 ، ص475 ـ 476 .

([282]) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزيه ، المرجع السابق ، ص10 .

ويقول في كتابه إعلام الموقعين[283] (البينة هي اسم لكل ما يبين الحق فهي أعم من البينة في اصطلاح الفقهاء حيث خصوها بالشاهدين أو الشاهد واليمين ، ولا حجر في الاصطلاح ما لم يتضمن حمل كلام الله ورسوله عليه ، فيقع في ذلك الغلط في فهم النصوص ، ونذكر من ذلك مثالاً واحداً وهو ما نحن فيه لفظ البينة . فإنها في كتاب الله اسم لكل ما يبين الحق كما قال تعالى : ((لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ))[284] وقال تعالى :((إِنْ كُنْتُ عَلَى بَيِّنَةٍ مِنْ رَبِّي))[285] وقال تعالى : ((أَوَلَمْ تَأْتِهِمْ بَيِّنَةُ مَا فِي الصُّحُفِ الأُولَى))[286] وهذا كثير لم يختص لفظ البينة بالشاهدين ولا استعمل في الكتاب فيهما البتة .

إذا عرف هذا فقول النبي صلى الله عليه وسلم ألك بينة ؟ وقول عمر (البينة على المدعي)[287] وإن كان قد روي مرفوعاً ، المراد به ألك ما يبين الحق من شهود أو دلالة ؟ فإن الشارع في جميع المواضع يقصد ظهور الحق بما يمكن ظهوره به من البينات التي هي أدلة عليه وشواهد لـه ، ولا يُرَدُّ حقاً قد ظهر بدليله أبداً ، فيضيع حقوق الله وعباده ويعطلها ، ولا يقف ظهور الحق على أمر معين لا فائدة في تخصيصه به مع مساواة غيره في ظهور الحق ، أو رجحانه عليه ترجيحاً لا يمكن جحده ، ودفعه كترجيح شاهد الحال على مجرد اليد في صورة من على رأسه عمامة ، وبيده عمامة آخر خلفه مكشوف الرأس يعدو أثره ولا عادة له بكشف رأسه ، فبينة الحال ودلالته هنا تفيد من ظهور صدق المدعي أضعاف ما يفيد مجرد اليد عند كل أحد .

فالشارع لا يهمل مثل هذه البينة والدلالة ، ويضيع حقاً يعلم كل أحد ظهوره وحجته. بل لما ظن هذا من ظنه ضيعوا طريق الحكم فضاع كثير من الحقوق لتوقف ثبوتها عندهم على طريق معين).

ويقول كذلك (المقصود أن البينة في الشرع : اسم لما يبين الحق ويظهره . وهي تارة تكون أربعة شهود ، وتارة شاهدين وشاهداً واحداً وامرأة واحدة ونكولاً ويميناً وخمسين يميناً أو أربعة أيمان ، وتكون شاهد الحال في الصور التي ذكرناها وغيرها ، فقوله صلى الله عليه وسلم (البينة على المدعي)[288] أي عليه أن يظهر ما يبين صحة دعواه، فإذا ظهر صدقه بطريق من الطرق حكم له)[289].

([283]) إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزيه ، المرجع السابق ، ج1 ، ص428 .

([284]) سورة الحديد ، الآية 25 .

([285]) سورة هود ، الآية 28 .

([286]) سورة طه ، الآية 133 .

([287]) السنن الكبرى للبيهقي ، المرجع السابق ، ج6 ، ص63 .

([288]) السنن الكبرى للبيهقي ، المرجع السابق ، ج6 ، ص63 .

([289]) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزيه ، المرجع السابق ، ص19 .

ويترتب على هذا الرأي عدم حصر طرق الإثبات وإنما للقاضي مطلق الحرية في تقدير الأدلة المقدمة في الدعوى ، فيأخذ بما يقتنع بأنه مظهر للحق فيحكم به .

ويجب هنا أن نشير إلى ما ذهب إليه ابن حزم رحمه الله تعالى بأن المقصود بالبينة هي الشهود ، ولكن في استدلاله على جواز قضاء القاضي بعلمه أدخل علم القاضي في المراد بالبينة إضافة إلى الشهود . وقال أنه صح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال (بينتك أو يمينه)[290] ثم قال والبينة التي لا أبين منها صحة علم الحاكم بصحة حقه ، أي صاحب الحق . ومن هذا يعلم أنه يرى أن البينة الشرعية هي الشهادة وعلم القاضي[291].

الترجيح في ذلك :

إن ما استدل به جمهور الفقهاء لا يفيد حصر البينة في الشهود إذ لا يلزم من إطلاق النبي صلى الله عليه وسلم البينة على الشهود في قصة هلال بن أمية أن البينة محصورة في الشهود ، لأن المقام في هذه الواقعة كان مقام شهادة فقط ، والاستدلال لا يتم إلا إذا كان المقام مقام شهادة وغيرها ، وأراد النبي صلى الله عليه وسلم من البينة شهادة الشهود .

كذلك فإن ما ورد في قصة الأشعث بن قيس من رواية بينتك أو يمينه ، فليس فيها ما يدل على حصر البينة على الشهود ، إذ يجوز حملها على ما هو أعم من شهادة الشهود وروايتها بلفظ الشهادة في الرواية الأخرى لا يدل على حصر البينة فيها لجواز أن يكون هذا تفسيراً من الراوي أو نصاً منه على أهم أنواع البينة ، أو أن يكون قد فهم من حال المتخاصمين تعذر أي نوع من أنواع البينة غير الشهادة ، فإذا كان القرآن الكريم قد اعتبر الشهادة أساساً للإثبات في بعض المواضع فإنه لا يلزم من ذلك قصر البينة على شهادة الشهود ، بل أن كل ما يمكن أن يستفاد من ذلك هو أن الشهادة لها أهميتها في الإثبات ، وهذه مسألة لا ينازع فيها أحد[292].

وحصر طرق الإثبات في أدلة معينة لا يمكن للقاضي الحكم بغيرها ، لا يؤدي إلى تحقيق العدالة على الوجه الأكمل . فكثيراً ما يكون الإنسان صادقاً فيما يدعيه إلا

([290]) صحيح مسلم بشرح النووي ، المرجع السابق ، ج2 ، كتاب الإيمان ، باب 61 ، حديث رقم 221 ، ص140 .

([291]) المحلى لابن حزم ، المرجع السابق ، ج9 ، ص428 .

([292]) النظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص194 .

أنه لا يقدر على تقديم الدليل الذي يكون مقبولاً في مثل تلك الواقعة ، فيضيع حقه . مع أن القاضي مقتنع كل الاقتناع بصحة الأدلة المقدمة إليه ، فيقضي بخلاف ما يعتقد أنه حق ، فتضيع حقوق كثيرة ويقع القضاة في حرج[293].

ولذلك فالتعميم في معنى البينة يتفق مع ما قصد إليه الشارع من توطيد دعائم العدل وحفظ الحقوق على أربابها ، خصوصاً في هذا العصر الذي تعددت فيه المشكلات وكثرت فيه الخلافات ، وساعد تقدم العلم والعمران على استحداث وسائل يظهر بها جانب الحق . كتسجيل الحوادث بالصور وغير ذلك مما سنعرض له في باب القرائن ، مما لا تقل في دلالتها وأهميتها عن شهادة الشهود ، ويترتب على إهمال العمل بها ضياع كثير من الحقوق . الأمر الذي ينافي روح الشريعة وسموها[294].

فإن الله سبحانه أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط ، وهو العدل الذي قامت به الأرض والسموات . فإن ظهرت أمارات العدل ، وأسفر وجهه بأي طريق كان ، فثم شرع الله ودينه . والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين أمارة ، فلا يجعله منها . ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها . بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده ، وقيام الناس بالقسط . فأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين ، ليست مخالفة له[295].

---

(293) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام للقاضي برهان الدين إبراهيم أبي الوفاء ابن فرحون (مطبعة مصطفى الحلبي ، 1378هـ - 1958م) ج2 ، ص202 . وأبو زهرة ، محمد ، موسوعة الفقه الإسلامي (المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية ، القاهرة ، 1387هـ) ج2 ، ص136.

(294) من طرق الإثبات للبهي ، المرجع السابق ، ص11 .

(295) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزيه ، المرجع السابق ، ص11 .

المبحث الثالث

مبدأ الاقتناع الذاتي ومراحل الدعوى الجنائية

يرتبط الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي في جميع مراحل الدعوى الجنائية . فالدعوى الجنائية في الشريعة الإسلامية تمر بمرحلتين هما مرحلة التحقيق ومرحلة المحاكمة ، وهو ما تطبقه المملكة العربية السعودية فتهدف إلى المحافظة على حقوق المتهم في الإجراءات الجنائية وعدم إطالة التحقيق مع المتهم وتكرار ذلك في مرحلتين قبل مرحلة المحاكمة . بينما تمر الدعوى الجنائية في القوانين الوضعية بثلاث مراحل هي مرحلة التحري وجمع الاستدلالات ومرحلة التحقيق الابتدائي ومرحلة التحقيق النهائي (المحاكمة) .

ولذلك نجد أن النظام اللاتيني الذي تتبعه فرنسا ومن أخذ عنها كما هو الحال في القانون المصري تأخذ بثلاث مراحل هي مرحلة التحري (التحقيق الأولي الموكول للنيابة العامة) ومرحلة التحقيق الابتدائي (الموكول لقاضي التحقيق) ومرحلة التحقيق النهائي أو المحاكمة (الموكول للمحكمة المختصة).

أما النظام الأنجلوأمريكي[296] فلا يأخذ بمرحلة التحقيق الابتدائي المتوسط بين مرحلتي التحري والمحاكمة لأنه يرى فيها إطالة في الإجراءات وتكراراً إذ أنها مطابقة من ناحية تفاصيلها تقريباً لمرحلة المحاكمة خصوصاً وأن المحكمة لا تعول على ما جاء فيها من أدلة ، لأن العبرة بما يطرح في جلسات المحاكمة من عناصر إثبات يتناولها الخصوم بالدحض والتفنيد[297].

أما المملكة العربية السعودية فإنها لا تأخذ بمرحلة التحقيق الابتدائي وإنما تحال الدعوى مباشرة بعد التحري إلى المحاكمة إذا بدأت ببلاغ ، أما إذا بدأت بشكوى (إدعاء) مقدمة إلى المحكمة الشرعية مباشرةً وكانت مدعمة بأدلة الإثبات فإن للمحكمة الشرعية أن تنظرها دون الرجوع للأمارة أو الشرطة، وللمحكمة إحضار الخصم بالإمكانيات المتاحة لديها إذا امتنع عن الحضور[298].

ولذلك نجد أن النظام السعودي أصدر عام 1409هـ مشروع نظام هيئة التحقيق والادعاء العام والذي أوكل مهمة التحري وجمع الأدلة إلى رجال الضبط الجنائي من الأمن العام حيث تنص المادة 22 من مشروع اللائحة التنظيمية لهذا النظام على أن " رجال الضبط الجنائي " مكلفون بتقصي الجرائم وجمع أدلتها

([296]) تتنازع عالمنا المعاصر أربع شرائع رئيسية :

1- الشريعة الإسلامية .
2- شريعة الديمقراطيات الشعبية وقطب رحاها موسكو ومن سار في ركا ا أو تأثر ا .
3- الشريعة الأنجلوسكسونية وقطب رحاها المملكة المتحدة من سار في ركا ا أو تأثر ا .
4- الشريعة اللاتينية ويحمل لواءها فرنسا وإيطاليا وألمانيا .

أنظر أصول التشريعات العقابية في الدول العربية لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص 27 .

(297) عوض ، محمد محيي الدين ، أصول الإجراءات الجنائية (أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية ، 1418هـ ـ 1998م) ص27.

([298]) أصول الإجراءات الجنائية لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص27 ـ 28 .

والبحث عن مرتكبيها والقبض عليهم ورفع التحقيقات الأولية إلى المحقق المختص أو الجهة القضائية الموكول إليها أمر النظر والبت في الجريمة ومعاقبة فاعليها .

ومع ذلك نصت المادة 257 من المشروع الأول للائحة التنظيمية لنظام هيئة التحقيق والادعاء العام على أن " تستمر قوات الأمن الداخلي في وظيفتي التحقيق والادعاء العام إلى أن يتم تشكيل الهيئة ويصدر قرار من وزير الداخلية بمباشرة أعمالها ، ولذلك ما هو وارد هنا إنما هو طبقاً للأنظمة والتعليمات النافذة حالياً سواء بالنسبة لمن يزاول الادعاء العام في الأماكن التي يوجد بها فرع لهيئة التحقيق والادعاء العام أو بالنسبة لمهمة هذا الادعاء والتحقيق " .

وقد باشرت هيئة التحقيق والادعاء العام أعمالها اعتباراً من جمادى الأولى من عام 1417هـ حيث بدأت تزاول التحقيق في قضايا المخدرات[299].

ولذلك نجد أن المنظم السعودي يريد أن يجعل الدعوى تمر بمرحلتين هما مرحلة التحقيق لهيئة التحقيق والادعاء العام ومرحلة المحاكمة (المحكمة المختصة) ويقتصر مهمة رجال الضبط الجنائي في الأمن العام على مرحلة التحري وجمع الاستدلالات وإحالة الدعوى إلى هيئة التحقيق والادعاء العام .

أما في القانون المصري فتتولى النيابة العامة التحقيق مع المتهم ، وهي حاملة لواء الاتهام في هذه المرحلة ، ثم تحيله إلى قاضي التحقيق فيبدأ التحقيق معه مرة أخرى ، فإما أن يأمر بإطلاق سراح المتهم أو يحيله بدوره إلى المحاكمة .

ولذلك نجد من ينادي بإلغاء تحقيق النيابة العامة وجعله مقصوراً على قاضي التحقيق .

(حيث جمعت بين سلطتي التحقيق والاتهام في يد واحدة ، فصار لها أن تتهم وأن تقوم بنفسها بالتحقيق من سلامة اتهامها ، على نحو يجعل منها خصماً وحكماً وهو ما ينزع عن المحقق صفتي الوضعية والحياد اللازمتين في كل محقق ، إذ كيف يمكن أن نأمن نجاة المحقق من تأثير رأيه المسبق في الاتهام ، أليس منطقياً أن ينحاز المحقق إلى سلامة وكفاية الأدلة التي قدر من قبل صلاحيتها للاتهام على نحو يفوت على التحقيق غايته ، وهي التحقق من حقيقة الأمر)[300].

ومع ذلك إذا رأت النيابة العامة أن الاستدلالات التي جمعتها سلطة الضبط القضائي كافية في الدلالة على الجريمة والمتهم كان لها أن ترفع الدعوى إلى محكمة الموضوع بتكليف المتهم بالحضور أمامها مباشرة دون الحاجة إلى إجراء تحقيق ، بيد أن سلطة النيابة محصورة في نطاق نوع معين من الجرائم هو نطاق الجنح والمخالفات[301].

ويتضح لنا ضيق الدور الذي يقوم به قاضي التحقيق إذا كانت الدعوى الجنائية تمر بثلاث مراحل ، خاصة إذا كان للنيابة العامة سلطة الرفع للمحكمة مباشرة في بعض الجرائم إضافة إلى سلطة التحقيق .

---

(299) أصول الإجراءات الجنائية لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص48 .

(300) الإثبات في المواد الجنائية ، لمحمد زكي أبو عامر ، المرجع السابق ، ص95 .

(301) ثروت ، جلال ، نظم الإجراءات الجنائية (الإسكندرية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 1997م) ص406 .

كما أنه إذا تم استثناء بعض جرائم الجنح والمخالفات وإعطاء النيابة العامة الحق برفعها مباشرة إلى المحكمة فما أسباب هذا الاستثناء ؟ ولماذا لم تستثنى كذلك جرائم الجنايات ويتم رفعها مباشرة إلى المحكمة مادام يوجد في النيابة العامة من المحققين المؤهلين للنظر في الدعوى والتأكد من الأدلة القائمة ضد المتهم والانتهاء إما بالإحالة للمحكمة أو لا وجه للاتهام وحفظ الأوراق .

وبعد أن بينا أن الدعوى الجنائية تمر بمرحلتين في الشريعة الإسلامية وبثلاث مراحل في القوانين الوضعية ، سوف نبين المراحل التي يمر بها الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي وهي على مرحلتين مرحلة التحقيق ومرحلة المحاكمة .

1 – مرحلة التحقيق :

التحقيق في أمر معناه بذل الجهد فيه للكشف عن حقيقة أمره ، ومن هنا فإن تحقيق الدعوى الجنائية معناه كشف حقيقة الأمر فيها ، فتحقيق الدعوى مرحلة مستقلة من مراحل الدعوى الجنائية ، فهي مرحلة مستقلة عن المرحلة التي تسبقها وهي مرحلة الإعداد للدعوى الجنائية ومرحلة مستقلة كذلك عن المرحلة التي بعدها وهي مرحلة المحاكمة[302]. وهي مرحلة جمع الأدلة المنتجة في إظهار الحقيقة[303].

تبدأ عملية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي في هذه المرحلة من استلام محاضر التحري وجمع الاستدلالات من رجال الضبط القضائي ، فإذا اقتنع القاضي الجنائي بها بدأ عملية التحقيق وجمع الأدلة للكشف عن حقيقة المتهم ، أما إذا لم يقتنع بها ورأى أن لا وجه لإقامة الدعوى أوصى بحفظ أوراقها .

وفي المملكة العربية السعودية أصدر ولي الأمر نظام الإجراءات الجزائية بالمرسوم الملكي رقم 39 بتاريخ 1422/7/28هـ والذي نص على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ففي مادته الأولى (تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة ، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة ، وتتقيد في إجراءات نظرها بما ورد في هذا النظام) .

وخصص الباب الرابع من هذا النظام بإجراءات التحقيق وما يقوم به القاضي في هذه المرحلة ويتضمن عشرة فصول من المادة 62 إلى المادة 127

وخصص الفصل الأول لتصرفات المحقق والفصل الثاني لندب الخبراء والفصل الثالث للانتقال والمعاينة والتفتيش وضبط الأشياء المتعلقة بالجريمة، والفصل الرابع للتصرف في الأشياء المضبوطة والفصل الخامس للاستماع إلى الشهود والفصل السادس للاستجواب والمواجهة والفصل السابع للتكليف بالحضور وأمر الضبط والإحضار والفصل الثامن لأمر التوقيف والفصل التاسع للإفراج المؤقت وأخيراً الفصل العاشر خصصه لانتهاء التحقيق والتصرف في الدعوى .

وبذلك أعطى هذا النظام المحقق (القاضي الجنائي) الإجراءات التي يتبعها في جميع إجراءات التحقيق .

---

(302) أبو عامر ، محمد زكي ، الإجراءات الجنائية (الإسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية، 1984م) ص637.

(303) نظرية الاقتناع الذاتي لمفيدة سويدان ، المرجع السابق ، ص203 .

ولا نريد أن نوضح جميع ما يقوم به القاضي الجنائي من أعمال في إجراءات التحقيق ولكن ما يهمنا هو السؤال التالي : هل أعطى هذا النظام القاضي الجنائي حرية ليكون اقتناعه في إجراءات التحقيق أم أن دوره سلبياً ؟

ومن خلال قراءة نصوص المواد الخاصة بإجراءات التحقيق يتضح أنه أعطى القاضي الجنائي حرية كاملة بتكوين اقتناعه الذاتي . ففي الفصل الأول الخاص بتصرفات المحقق نجد أن المادة 62 منه تنص على أنه " للمحقق إذا رأى أن لا وجه للسير في الدعوى أن يوصي بحفظ الأوراق ، ولرئيس الدائرة التي يتبعها المحقق الأمر بحفظها " .

ومما لا شك فيه وضوح تفسير هذه المادة ، حيث أعطت القاضي الجنائي كامل الحرية ليكون اقتناعه الذاتي بالسير في الدعوى أو عدم السير فيها . فإذا قاده اقتناعه إلى أن الأدلة المقدمة على المتهم قوية بحيث يرجح إدانة المتهم على براءته بدأ في إجراءات التحقيق . أما إذا اقتنع بأن الأدلة غير كافية لإدانة المتهم أوصى بحفظ الأوراق إلى رئيس الدائرة ليعطي الأمر بحفظها .

وفي المادة 64 تنص على أن (للمتهم حق الاستعانة بوكيل أو محام لحضور التحقيق ، ويجب على المحقق أن يقوم بالتحقيق في جميع الجرائم الكبيرة وفقاً لما هو منصوص عليه في هذا النظام ، وله في غير هذه الجرائم أن يقوم بالتحقيق فيها إذا وجد أن ظروفها أو أهميتها تستدعي ذلك ، أو أن يرفع الدعوى بتكليف المتهم بالحضور مباشرة أمام المحكمة المختصة) .

وما يعنينا في هذه المادة قوله " إذا وجد أن ظروفها أو أهميتها تستدعي ذلك " فأعطى الاقتناع الذاتي القاضي الجنائي أهمية كبيرة وأنه يترتب على هذا الاقتناع إما التحقيق في الدعوى أو رفعها للمحكمة المختصة .

كما نصت المادة 65 على أنه (يجب على المحقق أن ينتقل بنفسه للقيام بهذا الإجراء إذا اقتضت مصلحة التحقيق ذلك) وهذه المصلحة يحددها الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي ، فإذا اقتنع بضرورة الانتقال إلى مكان معين لاتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق انتقل بنفسه ، وإذا اقتنع أنه يكفي لهذا الإجراء ندب أحد رجال الضبط الجنائي فله ندبه .

كما نصت المادة 68 على أنه (لمن لحقه ضرر من الجريمة أن يدعي بحقه الخاص في أثناء التحقيق في الدعوى ، ويفصل المحقق في مدى قبول هذا الادعاء) والفصل في مدى قبول هذا الادعاء يعود إلى القاضي الجنائي واقتناعه الذاتي بذلك . وهذا ما تشير إليه في المادة 73 التي تنص على أن (للخصوم أن يقدموا للمحقق الطلبات التي يرون تقديمها في أثناء التحقيق ، وعلى المحقق أن يفصل فيها) .

ويتضح الدور الجلي لاقتناع القاضي الجنائي من خلال المادة 75 كذلك بقولها (للمحققين حال قيامهم بواجباتهم أن يستعينوا مباشرة بقوى الأمن إذا استلزم الأمر ذلك) . حيث أعطت القاضي الجنائي حرية في تقدير الحاجة إلى الاستعانة المباشرة بقوى الأمن وعلى أساس اقتناعه الذاتي يقدر الاستعانة أو عدم الاستعانة .

هذا ما يتعلق بتصرف المحقق في الفصل الأول أما ما يتعلق بندب الخبراء في الفصل الثاني فكذلك نصت المادة 77 على أن (للمحقق أن يستبدل به خبيراً آخر

إذا لم يقدم التقرير في الميعاد المحدد لـه ، أو وجد مقتضى لذلك) فقولـه " أو وجد مقتضـى لـذلك " أعطـى لاقتنـاع القاضـي الجنـائي دوراً فـي تحديـد هـذا المقتضـى فيتصرف حسب ما يقتنع بأن فيه مصلحة .

ونصت المادة 78 على حرية القاضي في الفصل في الاعتراض المقدم من الخصوم على الخبير (للخصوم الاعتراض على الخبير إذا وجدت أسباب قوية تدعوا إلى ذلك ، ويقدم الاعتراض إلى المحقق للفصل فيه) .

أما فيما يتعلق بالانتقال والمعاينة والتفتيش وضبط الأشياء المتعلقة بالجريمة وهي ما خصص لها هذا النظام " نظام الإجراءات الجزائية " الفصل الثالث من الباب الرابع أعطت للقاضي حرية متى ما اقتنع بأن الانتقال إلى مكان وقوع الجريمة ضروري وهذا ما جاءت به المادة 79 بقولها (ينتقل المحقق عند الاقتضاء) .

كما أنه إذا اقتنع بأن شخصاً غير المتهم عليه أمارات قوية تفيد بأنه يخفي أشياء تفيد في الكشف عن الجريمة يحق له تفتيشه ، وهذا ما جاءت به المادة 81 بقولها (للمحقق أن يفتش المتهم ، وله تفتيش غير المتهم إذا اتضح من أمارات قوية أنه يخفي أشياء تفيد في كشف الحقيقة) .

وفيما يتعلق بالتصرف بالأشياء المضبوطة نصت المادة 88 على أن (يصدر الأمر برد الأشياء المضبوطة من المحقق أو من قاضي المحكمة المختصة) فللمحقق إصدار الأمر حسب المصلحة برد الأشياء إلى صاحبها متى اقتنع بذلك .

وفيما يتعلق بالشهود والاستماع إليهم أعطى النظام المحقق حرية فيما يقوده إليه اقتناعه بالاستماع إلى أقوال ما يرى لزوم سماعه من الشهود ، وذلك حسب ما جاءت به المادة 95 حيث نصت على (وله أن يستمع إلى أقوال من يرى لزوم سماعه من الشهود عن الوقائع التي تؤدي إلى إثبات الجريمة وظروفها وإسنادها إلى المتهم أو براءته منها).

كما أعطاه حرية فيما يقوده إليه اقتناعه بأن يواجه الشهود بعضهم ببعض أو يواجه الشهود بالخصوم ، وهذا ما جاءت به المادة 98 حيث نصت على أنه (يستمع المحقق لكل شاهد على انفراد ، وله أن يواجه الشهود بعضهم ببعض وبالخصوم) .

وفيما يتعلق بالاستجواب والمواجهة ، وكما قلنا بالنسبة إلى استماع المحقق للشهود فكذلك في الاستجواب والمواجهة للمتهم فيحق للمحقق أن يواجهه بغيره من المتهمين أو الشهود متى ما اقتنع في مصلحة ذلك وعليه نصت المادة 101 على (وللمحقق أن يواجهه بغيره من المتهمين أو الشهود) .

كما أنه إذا اقتنع المحقق باستجواب المتهم خارج مقر جهة التحقيق لضرورة ، فله ذلك . مع أن الأصل في الاستجواب في مقر جهة التحقيق حيث جاءت المادة 102 على (ولا يجوز استجواب المتهم خارج مقر جهة التحقيق إلا لضرورة يقدرها المحقق) والتقدير إنما هو نابع من الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي (المحقق) .

وفيما يتعلق بالتكليف بالحضور وأمر الضبط والإحضار نصت المادة 103 على أن (للمحقق في جميع القضايا أن يقرر - حسب الأحوال - حضور الشخص المطلوب التحقيق معه ، أو يصدر أمراً بالقبض عليه إذا كانت ظروف التحقيق تستلزم ذلك) .

وذلك يعني أنه إذا اقتنع المحقق بضرورة إصدار أمر القبض على المتهم فله ذلك حيث أنه هو الذي يقدر ظروف التحقيق هل يستلزم إصدار الأمر من عدمه .

كما للمحقق أن يقدر قبول المحل الذي يعينه المتهم إذا لم يكن لـه محل إقامة معروف ، فإذا اقتنع به كان للمتهم ذلك وإذا لم يقتنع المحقق بهذا المحل جاز له أن يصدر أمراً بإيقاف المتهم ، وهذا ما جاءت به المادة 108 حيث نصت على أنه (إذا لم يكن للمتهم محل إقامة معروف فعليه أن يعين محلاً يقبله المحقق ، وإلا جاز للمحقق أن يصدر أمراً بإيقافه) والمادة 121 حيث نصت على أنه (في غير الأحوال التي يكون الإفراج فيها واجباً، لا يفرج عن المتهم إلا بعد أن يعين له محلاً يوافق عليه المحقق) .

وفيما يتعلق بأمر التوقيف فيحق للقاضي الجنائي " المحقق " متى ما اقتنع بأن مصلحة التحقيق تستدعي توقيف المتهم كان له ذلك وهذا ما جاءت به المادة 113 حيث نصت على (أو كانت مصلحة التحقيق تستوجب توقيفه لمنعه من الهرب أو من التأثير في سير التحقيق فعلى المحقق إصدار أمر بتوقيفه) .

كما أنه إذا اقتنع المحقق بضرورة تمديد مدة التوقيف فيكون لـه ذلك بعرضها على رئيس الفرع ليصدر الأمر بالتمديد .

وهذا ما جاءت به المادة 114 حيث نصت على أنه (ينتهي التوقيف بمضي خمسة أيام ، إلا إذا رأى المحقق تمديد مدة التوقيف فيجب قبل انقضائها أن يقوم بعرض الأوراق على رئيس فرع هيئة التحقيق والادعاء العامة بالمنطقة ليصدر أمراً بتمديد مدة التوقيف مدة أو مدداً متعاقبة).

وفيما يتعلق بالإفراج المؤقت فكذلك أعطى المنظم السعودي القاضي الجنائي حريته ليكون اقتناعه الذاتي في إصدار الأمر بالقبض على المتهم أو توقيفه ما دام أنه اقتنع بذلك، ولو سبق إصدار أمراً بالإفراج عنه حيث جاء في المادة 122 ما نصه (الأمر الصادر بالإفراج لا يمنع المحقق من إصدار أمر جديد بالقبض على المتهم أو توقيفه إذا قويت الأدلة ضده ، أو أخل بما شُرط عليه ، أو وجدت ظروف تستدعي اتخاذ هذا الإجراء) .

وفي انتهاء التحقيق والتصرف في الدعوى أعطى المنظم السعودي القاضي الجنائي حرية فيما يقوده إليه اقتناعه الذاتي ، فإذا قاده اقتناعه الذاتي إلى أن الأدلة غير كافية لإقامة الدعوى فيوصي بالإفراج عن المتهم ، وهذا ما جاءت به المادة 124 حيث نصت على أنه (إذا رأى المحقق بعد انتهاء التحقيق أن الأدلة غير كافية لإقامة الدعوى فيوصي المحقق رئيس الدائرة بحفظ الدعوى والإفراج عن المتهم الموقوف) . وإذا قاده اقتناعه الذاتي إلى أن الأدلة كافية ضد المتهم رفع الدعوى إلى المحكمة المختصة . وهذا ما جاءت به المادة 126 حيث نصت على أنه (إذا رأى المحقق بعد انتهاء التحقيق أن الأدلة كافية ضد المتهم ترفع الدعوى إلى المحكمة المختصة ، ويكلف المتهم بالحضور أمامها).

هذا ما يخص مرحلة التحقيق في النظام السعودي والذي يطبق أحكام الشريعة الإسلامية .

أما في القوانين الوضعية وكما ذكرنا سابقاً في نظام الإثبات المطلق فإن أغلب الدول اللاتينية وفي مقدمتها فرنسا وكذلك روسيا وسويسرا وكذلك الدول العربية وفي مقدمتها مصر وليبيا والمغرب والجزائر وغيرها تأخذ بمبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي في جميع الجرائم سواء كانت جنايات أو جنح أو مخالفات .

فالقانون الفرنسي يطبق مبدأ الاقتناع الشخصي أمام جميع أنواع القضاء الجنائي من محاكم المخالفات والجنح والجنايات فقد نصت المادة 304 من قانون الإجراءات العقابية الفرنسي بأن يقسم المحلفون على أن يصدروا قراراتهم طبقاً لضمائرهم واقتناعهم الشخصي[304].

وقد نصت المادة 353 من قانون الإجراءات العقابية الفرنسية على تطبيق مبدأ الاقتناع الشخصي أمام محكمة الجنايات .

والمادة 427 على نفس المبدأ أمام محاكم الجنح .

والمادة 536 على نفس المبدأ أمام محاكم المخالفات[305].

كما نصت المادة 302 من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أن (يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته) ولا يقتصر على قاضي المحكمة فقط بل يشمل ذلك قاضي التحقيق .

ونخلص من ذلك إلى أن القانونين الفرنسي والمصري يعطي كل منهما مطلق الحرية للقاضي الجنائي ليكون عقيدته وهو ما نسميه بالاقتناع الذاتي في جميع مراحل الدعوى الجنائية ونقصد بذلك في مرحلتي التحقيق والمحاكمة .

والقانون المصري كمثالاً مشابهاً لما هو عليه القانون الفرنسي خاصة واللاتيني[306] عموماً نجد أنه في مرحلة التحقيق يعطي كامل الحرية للقاضي بتكوين اقتناعه الذاتي ويتبين لنا ذلك بداية عند البدء في إجراءات التحقيق ، فله صلاحية إعطاء الأمر بالقبض على المتهم متى ما اقتنع بأن الأمر يتطلب ذلك ويكون في حالة أنه لا يطمئن إلى ترك المتهم طليقاً أو كانت الجريمة في حالة تلبس ، وهذا ما جاءت به المادة 130 من قانون الإجراءات الجنائية المصري .

كما أن له صلاحية إصدار أمراً بحبس المتهم وهو ما جاءت به المادة 134 من قانون الإجراءات الجنائية المصري . كما أن له حبس المتهم مدة لا تتجاوز 15 يوماً وتجديد مدة الحبس الاحتياطي متى ما اقتنع قاضي التحقيق بذلك لمدة لا تتجاوز 45 يوماً وهذا ما جاءت به المادة 142 من قانون الإجراءات الجنائية المصري[307].

والمحقق الذي أمر بالحبس أو طلب الأمر به أو بتجديده يملك الإفراج عن المتهم ، ذلك أن الحبس الاحتياطي هو قبل كل شيء من إجراءات التحقيق، ولهذا فتقدير بقائه هو من اختصاص سلطة التحقيق من الدرجة الأولى كما أشارت إلى ذلك المادة 202 من الإجراءات الجنائية المصري[308]. وللمحقق أن يعيد القبض على

([304]) الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية لإبراهيم الغماز ، المرجع السابق ، ص642 .

([305]) الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية لإبراهيم الغماز ، المرجع السابق ، ص643 .

([306]) فرنسا وإيطاليا وألمانيا ومن سار على نهجها .

(307) عبيد ، رؤوف ، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانوني المصري (مصر، دار الجيل للطباعة ، ط17 ، 1989م) ص502.

([308]) نظم الإجراءات الجنائية لجلال ثروت ، المرجع السابق ، ص434 .

المتهم المفرج عنه متى وجدت ظروف تبرر ذلك ، ومن هذه الظروف أن تقوى أدلة الاتهام بعد أن كانت ضعيفة أو يخل المتهم بالشروط التي فرضها عليه أمر الإفراج أو يتبين للمحقق أن الجريمة ليست جنحة ولكنها جناية[309].

أما في مرحلة الاستجواب فيجوز لقاضي التحقيق حرمان المتهم من حق الاطلاع إذا اقتضت الضرورة أو كان هناك داعياً للاستعجال[310].

كما أنه لقاضي التحقيق الانتقال للمكان والتفتيش كلما رأى ضرورة ذلك كما جاء في المادة 91 من قانون الإجراءات المصري حيث أن لقاضي التحقيق أن يفتش أي مكان ويضبط فيه الأوراق والأسلحة والآلات وكل ما يحتمل أنه استعمل في ارتكاب الجريمة ، أو نتج عنها ، أو وقعت عليه ، وكل ما يفيد في كشف الحقيقة دون استئذان أحد ، حتى لو وقع التفتيش على غير المتهمين وغير منازلهم[311].

ونص القانون المصري كذلك على إجراء المعاينة باعتبارها أول أعمال التحقيق في المواد 31 و 32 و 90 من قانون الإجراءات الجنائية[312].

ويحق للمحقق كذلك الاستعانة بالخبير ، فيقدر من خلال اقتناعه الذاتي مدى الحاجة له أو الحاجة إلى أكثر من خبير . فقد جاء في المادة 212 من قانون الإجراءات الجنائية بأن (للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم أن تندب خبيراً واحداً أو أكثر في الدعوى) .

كما يحق للخبير المنتدب من قاضي التحقيق أن يستعين بغيره في المسائل الفنية من غير الرجوع إلى قاضي التحقيق بشرط أن يطمئن القاضي للتقرير ويقتنع به ، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن قيام طبيب آخر من قسم الطب الشرعي بتشريح الجثة غير رئيسه المندوب من المحكمة لا يؤثر في سلامة الحكم ما دام أن المحكمة قد اطمأنت إلى عمله[313].

وكذلك في القانون الإيطالي فقد قضت محكمة النقض الإيطالية على أن كل أمر بانتداب خبير يتضمن تفويضاً له من قبل السلطة القضائية في الاستعانة بكافة الخبرات العلمية والفنية اللازمة للاهتداء للحقيقة[314].

أما في القانون الفرنسي فيرون عدم قبول أي تقرير من خبير غير الخبير الذي انتدبه قاضي التحقيق وعلى الخبير إذا أراد الاستعانة بخبير آخر أن يطلب ذلك من قاضي التحقيق . وهذا ما جاءت به المادة 162 من قانون الإجراءات الفرنسي حيث نصت على أنه (إذا احتاج الخبير إلى مساعدة غيره من الأخصائيين في مسألة فنية وجب عليه أن يطلب إلى قاضي التحقيق ندب أخصائي في تلك المسألة ، وعلى الأخصائي المنتدب أن يؤدي اليمين طبقاً للقواعد العامة) .

([309]) نظم الإجراءات الجنائية لجلال ثروت ، المرجع السابق ، ص636 .

([310]) نظم الإجراءات الجنائية لجلال ثروت ، المرجع السابق ، ص443 .

([311]) مبادئ الإجراءات الجنائية لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص501 .

([312]) نظم الإجراءات الجنائية لجلال ثروت ، المرجع السابق ، ص455 .

([313]) نقض 21 مارس سنة 1955م مجموعة أحكام النقض ، س6 رقم 220 ، ص679 ، نظم الإجراءات الجنائية لجلال ثروت ، المرجع السابق ، ص453 .

([314]) نظم الإجراءات الجنائية لجلال ثروت ، المرجع السابق ، ص453 .

ومن أجل ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بإلغاء حكم استند إلى تقرير خبير لم تعينه المحكمة وإنما استعان به الخبير الذي ندبته[315].

وأعطى القانون المصري في مواده 155 و 156 و 158 قاضي التحقيق حرية التصرف في التحقيق متى ما أدى إليه اقتناعه الذاتي إلى أحد أمرين[316]:

1- إصدار أمر يقرر فيه المحقق المضي في السير في الخصومة حتى تشارف غايتها بصدور حكم بات فيها وهذا يسمى أمر إحالة .
2- إصدار قرار يعلن فيه المحقق رغبته في الكف عن السير في الخصومة وهذا يسمى قراراً بألا وجه لإقامة الدعوى .

2 – مرحلة المحاكمة :

المحاكمة هي المرحلة الثانية للدعوى الجنائية ، ويطلق عليها كذلك تعبير التحقيق النهائي ، والمحاكمة هي مجموعة من الإجراءات تستهدف تمحيص أدلة الدعوى جميعاً ، ما كان منها ضد مصلحة المتهم وما كان في مصلحته[317].

وفيها يكون مصير الدعوى ، حيث يصبح الاهتمام كبيراً من أجل التأكد قبل إصدار الحكم سواء بالإدانة أو البراءة[318].

تبدأ عملية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي في هذه المرحلة منذ استلام كامل أوراق الدعوى والمحالة من قاضي التحقيق ، ومُساندةً بمجموعة من الأدلة التي تفيد في الكشف عن الحقيقة . والإحالة إلى المحكمة في النظام السعودي تكون بأحد أمرين[319]:

1- إما لإثبات الإدانة وتحديد الوصف الجرمي مع عدم تقرير العقوبة كما هو الحال في قضايا المخدرات أو لإثبات نوع القتل وتكييفه كأحوال القتل التي يسقط فيها القصاص .
2- أو لإثبات الإدانة والحكم في الدعوى على مقتضى الشريعة الإسلامية بحد أو تعزير . وفي هذه الحالة يطالب الادعاء العام لدى المحكمة الشرعية بتوقيع هذه العقوبة باعتباره ممثلاً للحق العام .

وفي نظام الإجراءات الجزائية السعودي الجديد والصادر بالمرسوم الملكي رقم 39 وتاريخ 1422/7/28هـ خصص الباب السادس من هذا النظام لإجراءات المحاكمة وما يقوم به القاضي في هذه المرحلة ويتضمن تسعة فصول من المادة 136 إلى المادة 192 . وخصص الفصل الأول لإبلاغ الخصوم ، والفصل الثاني لحضور الخصوم ، والفصل الثالث لحفظ النظام في الجلسة ، والفصل الرابع لتنحي القضاة وردهم عن الحكم ، والفصل الخامس للادعاء بالحق الخاص ، والفصل

([315]) نقض فرنسي 3 أكتوبر 1961م – دالوز الأسبوع – 1962م ، ص221 ، نظم الإجراءات الجنائية لجلال ثروت ، المرجع السابق ، ص452 .

([316]) نظم الإجراءات الجنائية لجلال ثروت ، المرجع السابق ، ص480 .

([317]) الموجز في شرح قانون الإجراءات الجنائية ، لمحمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص2 .

([318]) الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية لإبراهيم الغماز ، المرجع السابق ، ص644 .

([319]) أصول الإجراءات الجنائية لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص112 .

السادس لنظام الجلسة وإجراءاتها ، والفصل السابع لدعوى التزوير الفرعية ، والفصل الثامن للحكم ، والفصل التاسع لأوجه البطلان .

وبذلك أعطى هذا النظام القاضي الجنائي الإجراءات التي يتبعها في جميع إجراءات المحاكمة .

وكما قلنا في مرحلة التحقيق فكذلك في مرحلة المحاكمة لا نريد أن نوضح جميع ما يقوم به القاضي الجنائي من أعمال في إجراءات المحاكمة ، ولكن ما يهمنا هو نفس السؤال السابق والذي طرحناه في مرحلة التحقيق ألا وهو هل أعطى هذا النظام القاضي الجنائي مجالاً ليكون اقتناعه في إجراءات المحاكمة أم أن دوره سلبياً ؟ .

فمن خلال قراءة نصوص المواد الخاصة بإجراءات المحاكمة يتضح لنا أنه أعطى القاضي الجنائي مجالاً واسعاً بتكوين اقتناعه الذاتي .

ففي المادة 140 وبناءً على الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي له أن يطلب إحضار المتهم ولو كان في غير الجرائم الكبيرة حيث نصت المادة على أنه (للمحكمة في كل الأحوال أن تأمر بحضوره شخصياً أمامها) .

وفي المادة 144 نصت على أنه (للمحكمة أن تحاكم من تقع منه في أثناء انعقادها جريمة تعد على هيئتها ، أو على أحد أعضائها ، أو أحد موظفيها، وتحكم عليه وفقاً للوجه الشرعي بعد سماع أقواله) .

وتقدير محاكمة الشخص بهذه الحالة راجع إلى اقتناع المحكمة (قاضي الموضوع) بذلك .

كما لها أن تُكَوِّن اقتناعها إذا وقعت جريمة في الجلسة غير مشمولة بالمادتين 143 و144 فإما تحيل القضية إلى هيئة التحقيق والادعاء العام أو تحكم بنفسها ، وهذا ما جاءت به المادة 145 من هذا النظام . حيث نصت على أنه (إذا وقعت في الجلسة جريمة غير مشمولة بحكم المادتين الثالثة والأربعين بعد المائة والرابعة والأربعين بعد المائة ، فللمحكمة ـ إذا لم تر إحالة القضية إلى هيئة التحقيق والادعاء العام ـ أن تحكم على من ارتكبها وفقاً للوجه الشرعي بعد سماع أقواله) .

كما أجاز النظام للمحكمة إذا اقتنعت استثناء أن تنظر الدعوى بعضها أو كلها في جلسات سرية ، وأن تمنع البعض من حضورها متى كان ذلك ضرورياً.

فقد نصت المادة 155 على أن (جلسات المحاكم علنية ، ويجوز للمحكمة ـ استثناء ـ أن تنظر الدعوى كلها أو بعضها في جلسات سرية ، أو تمنع فئات معينة من الحضور فيها مراعاة للأمن ، أو محافظة على الآداب العامة ، أو إذا كان ذلك ضرورياً لظهور الحقيقة) .

كما أجاز النظام للمحكمة عدم التقيد بالوصف الوارد في لائحة الدعوى إذا اقتنعت بعدم مطابقة الفعل للوصف فتعطي الفعل الوصف الذي يستحقه بناءً على اقتناعها . فقد نصت المادة 159 على أنه (لا تتقيد المحكمة بالوصف الوارد في لائحة الدعوى ، وعليها أن تعطي الفعل الوصف الذي يستحقه ولو كان مخالفاً للوصف الوارد في لائحة الدعوى) .

كما نصت المادة 162 على أنه (إذا اعترف المتهم في أي وقت بالتهمة المنسوبة إليه فعلى المحكمة أن تسمع أقواله تفصيلاً وتناقشه فيها . فإذا اطمأنت إلى أن الاعتراف صحيح ، ورأت أن لا حاجة إلى أدلة أخرى فعليها أن تكتفي بذلك وتفصل في القضية ، وعليها أن تستكمل التحقيق إذا وجدت لذلك داعياً) .

فاطمئنان المحكمة في هذه المادة لا ينبع إلا من الاقتناع الذاتي لها أي لقاضي الموضوع ، فمتى ما اقتنع القاضي بأن الاعتراف صحيحاً واقتنع بأنه لا حاجة إلى أدلة أخرى له أن يكتفي بذلك ويفصل في القضية .

ورغم أن النظام أعطى الخصوم الحق في سماع الشهود والنظر في الأدلة وطلب إجراء معين من إجراءات التحقيق إلا أنه أعطى المحكمة كامل الحرية في رفض هذا الطلب إذا اقتنعت بأن الغرض منه المماطلة أو الكيد أو التضليل أو اقتنعت بأنه لا فائدة من إجابته .

وهذا ما جاءت به المادة 164 حيث نصت على أنه (لكل من الخصوم أن يطلب سماع من يرى من شهود والنظر فيما يقدمه من أدلة ، وأن يطلب القيام بإجراء معين من إجراءات التحقيق . وللمحكمة أن ترفض الطلب إذا رأت أن الغرض منه المماطلة أو الكيد أو التضليل أو أن لا فائدة من إجابة طلبه) .

كما أعطى النظام المحكمة من خلال اقتناعها الحق بأن تستدعي أي شاهد ترى الحاجة لسماع أقواله وحتى الحاجة لإعادة سؤاله . كما لها الحق أن تسمع أي شخص يريد الإدلاء بشهادة إذا اقتنعت من فائدة ذلك في الكشف عن الحقيقة.

وهذا ما جاءت به المادة 165 حيث نصت على أن (للمحكمة أن تستدعي أي شاهد ترى حاجة لسماع أقواله ، أو ترى حاجة لإعادة سؤاله . كما أن لها أن تسمع من أي شخص يحضر من تلقاء نفسه إذا وجدت أن في ذلك فائدة لكشف الحقيقة) .

وكذلك إذا اقتنعت المحكمة بأن شهادة الصغير أو غيره مما لا تعد أقواله شهادة فيها فائدة للدعوى كان لها أن تسمعها ، وهذا ما نصت عليه المادة 168 بأنه (إذا كان الشاهد صغيراً ، أو كان فيه ما يمنع من قبول شهادته فلا تعد أقواله شهادة ، ولكن للمحكمة إذا وجدت أن في سماعها فائدة أن تسمعها) .

وإذا اقتنعت المحكمة بتفريق الشهود أو اقتنعت بمواجهة بعضهم ببعض كان لها ذلك . وهذا ما جاءت به المادة 169 حيث نصت على أن (تُؤدى الشهادة في مجلس القضاء ، وتُسمع شهادة الشهود كل على حده ، ويجوز عند الاقتضاء تفريق الشهود ومواجهة بعضهم ببعض) .

وإذا اقتنعت المحكمة بضرورة الانتقال إلى مكان الجريمة أو أي مكان آخر أو سماع شاهد أو غير ذلك فلها ذلك طبقاً لنص المادة 170 حيث جاء بها (للمحكمة إذا رأت مقتضى للانتقال إلى المكان الذي ارتكبت فيه الجريمة ، أو إلى أي مكان آخر لإجراء معاينة ، أو لسماع شاهد لا يستطيع الحضور ، أو للتحقق من أي أمر من الأمور أن تقوم بذلك) .

وإذا اقتنعت بأن تصدر أمراً إلى شخص بأن يقدم شيء في حيازته حيث يفيد بالكشف عن الحقيقة كان لها ذلك طبقاً لنص المادة 171 حيث جاء بها (للمحكمة أن

تصدر أمراً إلى أي شخص بتقديم شيء في حيازته وأن تأمر بضبط أي شيء متعلق بالقضية إذا كان في ذلك ما يفيد في ظهور الحقيقة) .

وإذا اقتنعت المحكمة بتعمد التقصير والكذب من الخبير أو المترجم فلها أن تحكم بتعزيره طبقاً لما جاءت به المادة 172 حيث نصت على أنه (إذا ثبت أن أحداً من الخبراء والمترجمين تعمد التقصير أو الكذب فعلى المحكمة الحكم بتعزيره على ذلك) .

وفي حالة ادعاء التزوير إذا ثبت للمحكمة عدم صحة هذا الادعاء فلها أن تحكم بتعزير المدعي إذا اقتنعت بأنه يستحق ذلك ، وهذا ما جاءت به المادة 178 حيث نصت على أنه (في حالة الحكم بانتفاء التزوير تقضي المحكمة بتعزير مدعي التزوير متى رأت مقتضى ذلك) .

وحيث أن أصل الفصل في طلبات المدعي بالحق الخاص يكون في الحكم الصادر في موضوع الدعوى الجزائية إلا أنه إذا اقتنعت المحكمة بعدم الفصل بسبب أنه يستلزم إجراء تحقيق خاص ينبني عليه الفصل كان لها ذلك . وهذا ما جاءت به المادة 181 حيث نصت على أن (كل حكم يصدر في موضوع الدعوى الجزائية يجب أن يفصل في طلبات المدعي بالحق الخاص ، أو المتهم إلا إذا رأت المحكمة أن الفصل في هذه الطلبات يستلزم إجراء تحقيق خاص ينبني عليه إرجاء الفصل في الدعوى الجزائية ، فعندئذٍ ترجئ المحكمة الفصل في تلك الطلبات إلى حين استكمال إجراءاتها) .

كما للمحكمة إصدار حكماً بالتصرف في المضبوطات في أثناء نظر الدعوى إذا اقتنعت بذلك حيث جاء في المادة 184 أنه (يجوز للمحكمة أن تصدر حكماً بالتصرف في المضبوطات في أثناء نظر الدعوى) .

وإذا اقتنعت المحكمة بوجود عيب جوهري لا يمكن تصحيحه فعليها إصدار حكم بعدم سماع الدعوى حيث جاء في المادة 192 ما نصه (إذا وجدت المحكمة أن في الدعوى عيباً جوهرياً لا يمكن تصحيحه فعليها أن تصدر حكماً بعدم سماع هذه الدعوى . ولا يمنع هذا الحكم من إعادة رفعها إذا توافرت الشروط النظامية) . هذا ما يخص مرحلة المحاكمة في النظام السعودي والذي يطبق أحكام الشريعة الإسلامية .

أما في القوانين الوضعية فإن من المسلم به أن قاضي الحكم له أن يقتنع بأي دليل ، وبأي وسيلة من الوسائل طالما أن الدليل له أصل في أوراق الدعوى، وطالما كانت الوسيلة مشروعة ، ولا قيد عليه غير ضميره وواجبه القضائي[320].

ورغم أن مبدأ العلنية مبدأ مقرر في المحاكمات القضائية ضماناً لنزاهة المحاكمة ، وتمكيناً لحقوق الدفاع واطلاعاً للرأي العام على ما يجري فيها[321]، إلا أن المادة 268 من قانون الإجراءات الجنائية المصري أعطت الاقتناع الذاتي للقاضي أهمية كبيرة في أن يجعل الجلسة سرية إذا رأى أن في ذلك محافظة على الآداب العامة أو محافظة على النظام حيث جاء في نص المادة (للمحكمة أن تأمر بسماع

([320]) نظرية الاقتناع الذاتي لمفيدة سويدان ، المرجع السابق ، ص206 .

([321]) نظم الإجراءات الجنائية لجلال ثروت ، المرجع السابق ، ص496 .

الدعوى كلها في جلسة سرية مراعاة للنظام العام أو محافظة على الآداب) . وهي ما تقابل المادة 155 من نظام الإجراءات الجزائية السعودي .

كما جاء في المادة 300 من قانون الإجراءات الجنائية المصري ما نصه (لا تتقيد المحكمة بما هو مدون في التحقيق الابتدائي أو في محاضر جمع الاستدلالات إلا إذا وجد نص على خلاف ذلك) .

فهذا النص يعني أن على المحكمة ألا تكتفي بالتحقيق الابتدائي وإنما عليها أن تجري أمامها تحقيقاً هو ما يسمى بالتحقق النهائي[322].

لأن اقتناع المحكمة بثبوت التهمة أو عدم اقتناعها ينبغي أن يكون مستمداً من الثقة التي توحي بها أقوال الشاهد أو لا توحي ، ومن التأثير الذي تحدثه هذه الأقوال في نفوس القضاة وهم ينصتون إليها بأنفسهم ، ثم أن سماع الشاهد في جلسة علنية حضورية من جديد ـ إذا كان قد سبق سماعه ـ أمر كثيراً ما ينبهه إلى خطورة أقواله بما يدفعه إلى الإصرار عليها إن كانت صادقة أو العدول عنها إن كانت كاذبة[323].

وأتاح المشرع المصري للمحكمة بناء على اقتناعها حق تغيير الوصف القانوني للتهمة ، وقد جاءت به المادة 308 من قانون الإجراءات الجنائية حيث نصت على أن (للمحكمة أن تغير في حكمها الوصف القانوني للفعل المسند للمتهم) .

والاعتراف للمحكمة بهذا الحق هو اعتراف لها بحق القضاء ذاته ، لأن الوصف القانوني للوقائع هو عصب الحكم الجنائي وجوهره[324].

وهذه المادة تقابل المادة 159 من نظام الإجراءات الجزائية السعودي .

كذلك جاء في المادة 270 من قانون الإجراءات الجنائية المصري ما نصه (لا يجوز إبعاد المتهم عن الجلسة أثناء نظر الدعوى إلا إذا وقع منه تشويش يستدعي ذلك ، وفي هذه الحالة تستمر الإجراءات إلى أن يمكن السير فيها بحضوره ، وعلى المحكمة أن توقفه على ما تم في غيبته) .

وتعني هذه المادة أنه إذا اقتنعت المحكمة بأن المتهم صدر منه تشويش يضر بنظام الجلسة لها أن تبعده عنها .

والإجراءات التي تتم في غيبة المتهم في هذه الحالة تعتبر حضورية لأن إبعاده كان بناءً على خطئه هو[325].

كما نص قانون الإجراءات الجنائية المصري في المادة 238 على مبدأ شفوية الإجراءات في المحاكمة حيث نصت على أنه (إذا لم يحضر الخصم المكلف بالحضور حسب القانون في اليوم المبين بورقة التكليف ، ولم يرسل وكيلاً عنه في الأحوال التي يسوغ فيها ذلك يجوز الحكم في غيبته بعد الاطلاع على الأوراق) .

([322]) نظم الإجراءات الجنائية لجلال ثروت ، المرجع السابق ، ص496 .

([323]) مبادئ الإجراءات الجنائية لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص642 .

([324]) الإجراءات الجنائية لمحمد زكي أبو عامر ، المرجع السابق ، ص850 .

([325]) مبادئ الإجراءات الجنائية لـرؤوف عبيد ، المرجـع السابق ، ص637 وأنظر إلى نظم الإجراءات الجنائية لجلال ثروت ، المرجع السابق ، ص500 . وأنظر إلى الموجز في شرح قانون الإجراءات الجنائية لمحمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص14 . وأنظر إلى العرابي ، علي زكي ، المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية (مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، 1951م) ج1 رقم 1361 ، ص663 . وأنظـر إلى الإجـراءات الجنائية لمحمد زكي أبو عامر ، المرجع السابق ، ص863.

والأصل أن المحكمة الاستئنائية تصدر حكمها بعد الاطلاع على الأوراق، فلا تلتزم بإجراء تحقيق في الجلسة إلا إذا كان التحقيق الذي أجرته محكمة الدرجة الأولى ناقصاً كما في المادة 411 من قانون الإجراءات الجنائية[326].

كما نصت المادة 237 من قانون الإجراءات المصري على أن للمحكمة إذا اقتنعت بضرورة حضور المتهم ولو في الجرائم اليسيرة فلها أن تطلب حضوره ، حيث جاءت هذه المادة بأنه (ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تأمر بحضوره شخصياً إذا قدرت أن السير السليم للمحاكمة يقتضي ذلك) .

كما أنه إذا اعترف المتهم جاز للمحكمة الاكتفاء باعترافه والحكم عليه بغير شهود كما جاء في المادة 271 من قانون الإجراءات الجنائية المصري[327]. وهي ما تقابل المادة 162 من نظام الإجراءات الجزائية السعودي .

كما نصت المادة 289 من قانون الإجراءات الجنائية المصري على جواز الاكتفاء بتلاوة الشهادة إذا قبل المتهم أو المدافع عنه ويستوي في ذلك أن يكون القبول صريحاً أو ضمنياً بتصرف المتهم أو المدافع عنه بما يدل عليه ، على أن نزول المتهم عن طلب سماع الشاهد لا يسلبه حقه في العدول عن ذلك النزول والتمسك بتحقيق طلبه ما دامت المرافعة لا زالت دائرة ، وما دام الأمر كذلك فإن للمحكمة أن تسمع بعض الشهود ولا تسمع البعض الآخر بموافقة الدفاع[328].

وفي جميع الأحوال للمحكمة أن تعول على الأقوال السابقة دون أن تأمر بتلاوتها ما دام صاحب المصلحة فيها لم يطلبها ، وكانت هذه الأقوال على بساط البحث عند نظر الدعوى وتناولها أطراف الدعوى بالمناقشة ، أما إذا طلبها أحد الخصوم أو المدافع عنه وجبت تلاوتها وإلا كان الحكم معيباً للإخلال بحق الدفاع[329].

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه (على الخصوم أن يطلبوا من المحكمة أن تسمع في مواجهتهم في التحقيقات الابتدائية ، أو أن تتلوا أقوالهم الواردة فيها ، فإذا هم لم يفعلوا فلا يصح لهم النعي عليها بأنها استندت في حكمها إلى أقوال وردت في تلك التحقيقات دون أن تسمعها أو أن تأمر بتلاوتها)[330].

كما أن للمحكمة في أية حالة كانت عليها الدعوى أن توجه للشهود أي سؤال ترى لزومه لظهور الحقيقة أو تأذن للخصوم بذلك كما جاءت بذلك المادة 272 من قانون الإجراءات الجنائية[331].

([326]) الموجز في شرح قانون الإجراءات الجنائية لمحمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص13 . وأنظر إلى مبادئ الإجراءات الجنائية لـرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص650 .

([327]) مبادئ الإجراءات الجنائية لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص650 . وأنظر إلى الإجراءات الجنائية لمحمد زكي أبو عامر، مرجع سـابق ، ص973 .

([328]) الإجراءات الجنائية لمحمد زكي أبو عامر ، المرجع السابق ، ص974 ـ 975 .

([329]) مبادئ الإجراءات الجنائية لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص651 .

([330]) نقض 1952/10/6م أحـكام النقـض ، س4 رقم 3 ، ص5 و1956/1/23م أحـكام النقـض ، س7 رقـم 27 ، ص68 . و1947/2/3 أحكام النقض ، س25 رقم 20 ، ص91 . الإجراءات الجنائية لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص651 .

([331])([3]) مبادئ الإجراءات الجنائية لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص670 .

كما لها أن تمتنع عن سماع شهادة شهود عن وقائع ترى أنها واضحة وضوحاً كافياً كما جاءت بذلك المادة 273 من قانون الإجراءات الجنائية[332].

ونستخلص من ذلك أن للقاضي أن يستند إلى الأقوال التي استمع إليها على سبيل المعلومات ، وكما له أن يأخذ بشهادة شاهد في حين يطرح عدداً منها رغم عدم تعارضها طالما اقتنع بالأولى ولم يقتنع بالأخيرة ، ولو كانت مؤكدة بعضها البعض ، وفي القضاءين الفرنسي والمصري قد يبني القاضي حكمه على عناصر الإثبات الواردة في محاضر التحقيقات التمهيدية التي قام بها رجال الضابطة العدلية أو محاضر التحقيق الابتدائي ، دون محاضر الضبط الواردة في جلسة المحاكمة أو بالعكس إذا ما اطمأن إلى هذا ولم يطمئن إلى الآخر[333].

وفي ذلك لنا رأياً آخر وهو أنه إذا قامت المحكمة بالتحقيق في الدعوى مع المتهم وسماع الشهود والمدعي واجتمع أمامها جميع أدلة الدعوى فعليها أن تحكم بالدعوى وتفصل فيها بناءً على تحقيقها بحكم أنها السلطة النهائية في إصدار الحكم . ولا نرى القول بعدم اطمئنانها للأدلة المطروحة أمام جلسة المحكمة واطمئنانها فقط بالأدلة المقدمة في التحقيق الابتدائي لأنه لا يتصور رجوع المحكمة في ذلك وإلا اتصف اقتناعها هذا بما ينافي العقل والمنطق رغم أننا ننادي بالاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي والذي يتوافق مع العقل والمنطق ، إضافة إلى أن هذا الحكم قابل للطعن بهذه الصفة .

ويرى البعض[334] أن القانون الفرنسي أعطى القاضي الجنائي سلطة أكثر اتساعاً وشمولاً من نظيره في القانون المصري واستدل على ذلك بأن القانون الفرنسي جعل الاستجواب وسيلة طبيعية للبحث عن الحقيقة كما أشارت إلى ذلك المواد 328 و 442 و 513 و 536 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي . بينما القانون المصري جعل الاستجواب مشروطاً بقبول المتهم حيث جاء بالمادة 274 من قانون الإجراءات الجنائية المصري أن (على المحكمة عدم استجواب المتهم إلا إذا قبل ذلك) وقد استهدف المشرع المصري من ذلك ضمان عدم إحراج المتهم بالمناقشة التفصيلية التي قد تستدرجه إلى الاعتراف أو إلى تأييد وجهة نظر الاتهام .

ولكن الواقع أن محكمة النقض المصرية تقول في هذا الصدد (إن القانون قد أمد القاضي في المسائل الجنائية بسلطة واسعة وحرية كاملة في سبيل تقصي ثبوت الجرائم أو عدم ثبوتها والوقوف على حقيقة علاقة المتهمين ومقدار اتصالهم بها ففتح له باب الإثبات على مصراعيه يختار من كل طرقه ما يراه موصلاً إلى الكشف عن الحقيقة ويزن قوة الإثبات المستمدة من كل عنصر بمحض وجدانه فيأخذ بما تطمئن إليه عقيدته ويطرح ما لا ترتاح إليه ، غير ملزم بأن يسترشد في قضائه بقرائن معينة ، بل له مطلق الحرية في تقدير ما يعرض عليه منها ووزن قوته التدليلية في كل حالة حسب ما يستفاد من وقائع كل دعوى وظروفها . بغيته الحقيقة ينشدها أنى وجدها ، ومن أي سبيل يجده مؤدياً إليها ، ولا رقيب عليه في ذلك غير ضميره وحده . هذا هو الأصل الذي أقام عليه القانون الجنائي قواعد الإثبات لتكون موائمة لما تستلزمه

([333]) نظرية الاقتناع الذاتي لمفيدة سويدان ، المرجع السابق ، ص207 .

([334]) النظرية العامة للإثبات لهلالي عبد الإله أحمد ، المرجع السابق ، ص109 .

طبيعة الأفعال الجنائية وتقتضيه مصلحة الجماعة من وجوب معاقبة كل جانٍ وتبرئة كل برئ)[335].

كما تقول محكمة النقض المصرية (أن العبرة في الإثبات في المواد الجنائية هي باقتناع المحكمة واطمئنانها إلى الدليل المقدم إليها ، فالقانون لم يقيد القاضي بأدلة معينة بل خوله بصفة مطلقة أن يكون عقيدته من أي دليل أو قرينة تقدم إليه)[336].

أما القانون الإنجليزي فإنه لا يتدخل في قناعة القاضي الجنائي فلا يتدخل في تحديد قيمة الأدلة أو أن يفرض أية قرائن قانونية على المحلفين في فحصهم وتقديرهم لهذه الأدلة، وتعليمات رئيس محكمة المحلفين الإنجليزي ليست ملزمة فما هي إلا مجرد نصائح أو توضيحات الهدف منها إرشاد المحلفين في تقديرهم للأدلة وبالتالي يبقى المبدأ العام أن المحلف يحكم طبقاً لاقتناعه الذاتي[337].

([335]) نقض 12 يونيو 1939م مجموعة القواعد القانونية ، ج4 رقم 406 ، ص575. النظرية العامة للإثبات لهلالي عبد الإله أحمد ، المرجع السابق ، ص110 .

([336]) نقض 11 يناير 1943م ، ج6 رقم 68 ، ص64 . النظرية العامة للإثبات لهلالي عبد الإله أحمد ، المرجع السابق، ص11.

([337]) النظرية العامة للإثبات لهلالي عبد الإله أحمد ، المرجع السابق ، ص104 .

الفصل الثاني

مصادر الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي

المبحث الأول : المصادر المباشرة للاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي

المطلب الأول : المصادر المباشرة في الشريعة الإسلامية .

الفرع الأول : الشهادة .

الفرع الثاني : الإقرار .

الفرع الثالث : القسامة .

المطلب الثاني : المصادر المباشرة في القانون الوضعي

الفرع الأول : الشهادة .

الفرع الثاني : الإقرار .

المبحث الثاني : المصادر غير المباشرة للاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي .

المطلب الأول : المصادر غير المباشرة في الشريعة الإسلامية .

الفرع الأول : اليمين

الفرع الثاني : قضاء القاضي بعلمه .

الفرع الثالث : القرائن .

المطلب الثاني : المصادر غير المباشرة في القانون الوضعي .

الفرع الأول : اليمين .

الفرع الثاني : قضاء القاضي بعلمه .

الفرع الثالث : القرائن .

الفصل الثاني

مصادر الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي

تمهيد وتقسيم :

مصادر الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي هي الأدلة التي يتوصل بها القاضي الجنائي ليكون اقتناعه الذاتي ويحكم على أساس ذلك بالإدانة أو البراءة على المتهم .

وهذه المصادر إما أن تكون مصادر مباشرة أو غير مباشرة . فالمصادر المباشرة نعني بها أدلة الإثبات التي اتفق على أن تكون بحد ذاتها مكونة للاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي فيحكم على المتهم عند توافرها بالإدانة أو عدم توافرها بالبراءة .

والمصادر غير المباشرة نعني بها أدلة الإثبات التي اتفق على أن لا تكون بحد ذاتها مكونة للاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي فيحكم على المتهم بالإدانة أو البراءة . وإنما اشترط أن تكون هناك أدلة أخرى مكملة لها لكي يستطيع القاضي الجنائي أن يكون اقتناعه الذاتي فيحكم على المتهم بالإدانة أو البراءة.

لذلك سوف نقسم هذه الفصل إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول المصادر المباشرة للاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي . وفي المبحث الثاني المصادر غير المباشرة للاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي .

المبحث الأول

المصادر المباشرة للاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي

وسوف نتناول في هذا المبحث المصادر المباشرة في الشريعة الإسلامية في مطلب أول والمصادر المباشرة في القانون الوضعي في مطلب ثانٍ .

المطلب الأول : المصادر المباشرة في الشريعة الإسلامية :

تتصدر الشهادة والإقرار والقسامة أدلة الإثبات المتفق عليها بين فقهاء الشريعة الإسلامية في جميع الجرائم من حدود وقصاص وتعازير . واختلف في أدلة القرائن وشواهد الأحوال والأمارات والنكول وقضاء القاضي بعلمه اختلافاً واضحاً بينهم .

فمنهم من يرى الحكم بهذه الأدلة ومنهم من يرى الحكم بها إذا تم تعضيدها بأدلة أخرى . أما في الحدود فلا يحكم بحد إلا بالإقرار أو الشهادة .

الفرع الأول : الشهادة :

تعريف الشهادة في اللغة :

الشهادة خبر قاطع ، نقول شَهد على كذا من باب سَلِم . وقولهم أشْهدُ بكذا أي أحْلِف . و (المُشاهَدةُ) المعاينة . وشَهِدَه شُهودا أي حَضَره فهو شاهِدٌ وقوم شُهُود أي حُضُور . واستشهده سأله أن يَشْهَدَ[338].

وجمعه شهودٌ وشُهَّدٌ . وشهد لزيد بكذا شهادة أي أدى ما عنده من الشهادة[339].

والشهادة هي العلم ومنه قوله تعالى ((شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لا إِلَهَ إِلا هُوَ)) [340]. فمعناها علم وبين وأظهر [341].

فالشهادة إذاً هي الحضور والمعاينة والإدراك والعلم والبيان واليمين والأداء والخبر القاطع وهي تنقل القاضي إلى ما عاينه الشاهد أو أدركه بحاسة من حواسه ، كما لو كان القاضي قد شاهده أو أحسه بنفسه[342].

تعريف الشهادة في الاصطلاح :

عرفت الشهادة عند المذهب الحنفي بأنها إخبار صدق لإثبات حق ، بلفظ الشهادة في مجلس القضاء ، ولو بلا دعوى[343].

---

(338) مختار الصحاح للرازي ، المرجع السابق ، ص349 .

(339) القاموس المحيط للفيرزآبادي ، المرجع السابق ، ص372 .

(340) سورة آل عمران ، الآية : 18 .

(341) ابن ظفير ، سعد بن محمد بن علي ، الإجراءات الجنائية في جرائم الحدود في المملكة العربية السعودية وأثرها في استتباب الأمن (ط1، 1415هـ ـ 1995م) الجزء الثاني ، ص118 .

(342) إثبات موجبات الحدود والقصاص والتعازير لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص108 .

وعند المذهب المالكي بأنها قول يتحتم بموجبه على الحاكم سماعه والحكم بمقتضاه إن عدل قائله مع تعدده أو حلف طالبه[344].

وعند المذهب الشافعي بأنها إخبار بحق للغير على الغير بلفظ أشهد[345].

وعند الحنابلة ورد للشهادة تعريفان ، أحدهما عام ، والآخر خاص بمعنى الأداء . فالشهادة بمعناها العام هي : حجة شرعية ، تظهر الحق المدعى به ، ولا توجبه . والشهادة بمعنى الأداء هي الإخبار بما علمه الشاهد بلفظ خاص[346].

والشهادة كحجة هي التصريح الصادق المدلى به في جلسة القاضي المصحوب بتعبير أشهد وبقصد إثبات واقعة أو نفيها[347].

ونؤيد إضافة عبارة " ممن يقبل قوله " على تعريف الأحناف للشهادة بحيث يكون التعريف الراجح هو " إخبار صادق ممن يقبل قوله لإثبات حق ، بلفظ الشهادة في مجلس القضاء ، ولو بلا دعوى "[348].

والشهادة هي الطريق المعتاد لإثبات الجرائم ، فأغلب الجرائم تثبت عن طريق الشهادة وأقلها يثبت بغير الشهادة من طرق الإثبات[349].

وأصلها في الكتاب قوله تعالى : ((وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ)) [350]. وقوله تعالى ((وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ)) [351].

وفي السنة قوله صلى الله عليه وسلم (شاهداك أو يمينه)[352] قال شرح : القضاء جمر ، فنحه عنك بعودين . يعني الشاهدين ـ وإنما الخصم داء ، والشهود شفاء ، فأفرغ الشفاء على الداء[353].

وللشهادة قيمة كبرى في الإثبات في الشريعة ، وذلك لأن كل مسلم مكلف شرعاً بالإفصاح للعدالة عما لديه من معلومات علمها بنفسه تيقناً ، فالشهادة نوع من الضريبة الواجب أداؤها في الإسلام وهي أمانة يلزم أداؤها عند استلزام الأمر لها أو

---

(343)(3) الإجراءات الجنائية في جرائم الحدود لسعد محمد ظفير ، المرجع السابق ، ص118 . والشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية لإبراهيم الغماز ، المرجع السابق ، ص41 .

(345) الإجراءات الجنائية في جرائم الحدود لسعد محمد الظفير ، المرجع السابق ، ص118 . والشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية لإبراهيم الغماز ، المرجع السابق ، ص42 .

(346) الإجراءات الجنائية في جرائم الحدود لسعد محمد بن ظفير ، المرجع السابق ، ص118 ـ 119 .

(347) إثبات موجبات الحدود والقصاص والتعازير لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص108 .

(348) الإجراءات الجنائية في جرائم الحدود لسعد محمد بن ظفير ، المرجع السابق ، ص119 . والنظرية العامة للإثبات لهلالي عبد الإله أحمد ، المرجع السابق ، ص201 .

(349) عودة ، عبد القادر ، التشريع الجنائي الإسلامي ، مقارناً بالقانون الوضعي (بيروت ، دار إحياء التراث العربي ، ط4 ، 1405هـ ـ 1985م) ج2 ، ص314 .

(350) سورة البقرة ، الآية : 282 .

(351) سورة البقرة ، الآية : 282 .

(352) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، المرجع السابق ، ج5 ، كتاب الشهادات ، باب 23 ، ص336 .

(353) منار السبيل لابن ضويان ، المرجع السابق ، ص426 .

طلبها[354] . وذلك لقوله تعالى:((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ))[355].

وتحمل الشهادة في حقوق الآدميين فرض كفاية لقوله تعالى : ((وَلا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا))[356]. وأداؤها فرض عين لقوله تعالى : ((وَلا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُه))[357][358].

والشهادة لها شروط عامة وشروط خاصة لكل جريمة . فالشروط العامة يجب توافرها في جميع الشهادات وتضاف إليها الشروط الخاصة بالجريمة .

والشروط العامة هي :

البلوغ والعقل والكلام (النطق) والإسلام والحفظ والعدالة [359]. والرؤية وانتفاء موانع الشهادة [360] والحرية [361].

وذكر أستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض شروط قبول شهادة الشاهد بقوله[362]:ـ (أحاطت الشريعة الشهادة كطريق من طرق الإثبات الشرعية الهامة بالضمانات الآتية لضمان قيمتها التدليلية ورجحان جانب الصدق فيها إذ يجب لقبولها الشروط الآتية :

1- بجب أن يكون الشاهد بالغاً عاقلاً .
2- أن يكون عالماً بالوقائع التي يؤدي الشهادة عنها على وجه الدقة دون تردد أو تشكك .
3- أن تكون الشهادة منصبة على العناصر المكونة للجريمة غير متعارضة مع أدلة أخرى مادية أو قولية ذات قوة تدليلية .
4- ألا تربط الشاهد بالمشهود لصالحه صلة قرابة مباشرة .
5- عدم وجود عداوة بين الشاهد والشخص المشهود ضده أو تعارض في المصالح .
6- أن يكون الشاهد مبصراً غير أصم .
7- يجب أن يكون الشاهد ناطقاً غير أخرس .
8- أن تكون الشهادة في مجلس القضاء وفي مواجهة الخصوم .
9- يجب أن تكون الشهادة شفاهة بلفظ أشهد الذي يتضمن معنى اليمين .

---

(354) إثبات موجبات الحدود والقصاص والتعازير لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض المرجع السابق ، ص110 .

(355) سورة النساء ، الآية : 135 .

(356) سورة البقرة ، الآية 282 .

(357) سورة البقرة ، الآية 283 .

(358) منار السبيل لابن ضويان ، المرجع السابق ، ص426 . والروض المربع للبهوتي ، المرجع السابق ، ص719 . والمهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي ، المرجع السابق ، ص452 .

(359) الروض المربع لمنصور البهوتي ، المرجع السابق ، ص721 . ومنار السبيل لابن ضويان ، المرجع السابق ، ص431 ـ 432 . حيث وردت عندهم ستة شروط وهي الأولى فقط .

(360) التشريع الجنائي لعبد القادر عوده ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص396 وما بعدها . حيث أضاف الرؤية وانتفاء موانع الشهادة .

(361) التشريع الجنائي الإسلامي ، الحدود والتعازير لأستاذنا الدكتور محمد المدني بوساق ، المرجع السابق ، ص18 وما بعدها حيث أضاف الحرية .

(362) إثبات موجبات الحدود والقصاص والتعازير لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص112 وما بعدها .

10- يجب أن يكون الشاهد عدلاً أي صالحاً مستقيماً) .
أما في الحدود فيشترط الفقهاء في الشهادة الشروط التالية :

أولاً : الذكورة :

واتفق الجمهور (المذاهب الأربعة) على هذا الشرط فلا تجوز شهادة النساء في الحدود ولم يخالفهم إلا الظاهرية حيث أجازوا شهادة النساء في الحدود . فيقوم مقام كل رجل امرأتان ، وعلى ذلك تجوز الشهادة على الزنى بثلاث رجال وامرأتان أو رجلين وأربع نسوة أو رجل وست نساء أو ثمان نساء وفي بقية الحدود عند الظاهرية يقبل فيها شهادة رجلان أو رجل وامرأتان أو أربع نساء[363].

ثانياً : الأصالة في الشاهد :

فلابد لصحة الشهادة على موجبات الحدود من وقوف الشاهد نفسه على الفعل ومشاهدته له بنفسه لا بغيره ، ويترتب على عدم اشتراط هذا عدم قبول الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضي إلى القاضي في إثبات الحدود[364].

وقد اختلف الفقهاء في هذا الشرط على قولين هما :

القول الأول : باشتراط الأصالة في الشهود لأبي حنيفة وأحمد وقول من الشافعية فيما عدا حد القذف فلا يشترط فيه الأصالة على الراجح عندهم[365]وحجتهم في قيام شبهة في صحة الشهادة المنقولة (الشهادة على الشهادة) والاحتياط في الحدود واجب لأنها مبنية على الدرء والإسقاط فلا تقبل إلا بما يؤكدها ويوثقها[366].

القول الثاني : لا يشترط الأصالة في الشهود للإمام مالك والقول الثاني في مذهب الشافعي في جميع الحدود فتثبت بالشهادة على الشهادة وكتاب القاضي إلى القاضي[367].

ثالثاً : عدم تقادم الجريمة :

هذا الشرط انفرد به أبو حنيفة والرأي المرجوح في مذهب أحمد ومضمونه أنه يشترط لقبول الشهادة أن لا يكون حادث الزنا قد تقادم ، لأن سكوت الشاهد مدة طويلة عن أداء الشهادة يدل على اختيار الشاهد طريق الستر على أخيه ، فإن شهد بعد ذلك اتهم بأن الضغينة هي التي حملته على الشهادة فلا تقبل للتهمة .

ولا حد لمدة التقادم ويترك تقديرها للقاضي ، وقدرها بعض الحنفية بشهر وقال بعضهم هي ستة أشهر .

ولا يشترط عدم التقادم المالكية والشافعية والرأي الراجح في مذهب أحمد فلا يعدونه شرطاً من شروط الشهادة على الزنا[368].

([363]) التشريع الجنائي الإسلامي ، الحدود والتعازير لأستاذنا الدكتور محمد المدني بوساق ، المرجع السابق ، ص23 . والتشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عودة ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص410 ـ 411 .

([364]) الإجراءات الجنائية في جرائم الحدود لسعد ظفير ، المرجع السابق ، ص128 .

([365]) الإجراءات الجنائية في جرائم الحدود لسعد ظفير ، المرجع السابق ، ص128 .

([366]) التشريع الجنائي لأستاذنا الدكتور محمد مدني بوساق ، المرجع السابق ، ص26 .

([367]) أنظر بالتفصيل في ذلك التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص411 وما بعدها .

رابعاً : تعدد الشهود :

فلا خلاف بين الفقهاء (الجمهور) على أن شهود الزنا أربعة رجال عدول وفي بقية الحدود رجلين عدلين وخالفهم الظاهرية بأنه يجوز شهادة المرأتين مكان رجل واحد فهم لا يشترطون الذكورية كما أسلفنا .

واستدل الجمهور بقوله تعالى : ((وَاللاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ))[369]. وقوله تعالى : ((وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً))[370].

وقوله صلى الله عليه وسلم (البينة وإلا حَدٌّ في ظهرك)[371].

وعلى ذلك قال الجمهور إذا شهد على الزنا أقل من أربعة شهداء أقيم عليهم حد القذف . أما بعض الشافعية وبعض الحنابلة فلا حد للقذف ما دام أنهم تقدموا للشهادة حسبة لله تعالى . وقال الظاهرية لا يحد الشاهد أصلاً لأن الحد شرع للقاذف ولم يشرع للشاهد[372].

ومن أجل ذلك نجد أن الشريعة الإسلامية قد التزمت الدقة والشمول في إثبات هذه الجريمة فاشترطت على القاضي مناقشة الشهود واستقصاء كل ما يتعلق بهذه الجريمة ، لعله يجد أثناء حديثه معهم أية شبهة ونحوها لكي يدرأ الحد[373].

خامساً : أن تكون الشهادة في مجلس واحد للقضاء :

فيشترط أبو حنيفة ومالك وأحمد أن يدلي الشهود بشهادتهم في مجلس قضائي واحد إلا أن أحمد لا يرى ضرورة قدوم الشهود مجتمعين فيصح أن يأتوا متفرقين ما دام مجلس القضاء منعقداً . فإذا انقضى المجلس لم تقبل شهادة المتأخر وعُدَّ من أدى الشهادة قاذفاً ما دام عددهم أقل من أربعة .

أما الشافعية فيستوي عندهم أن يأتوا الشهود مجتمعين أو متفرقين شهدوا في مجلس واحد أو أكثر من مجلس[374].

سادساً : الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي بشهادة الشهود[375]:

([368]) التشريع الجنائي لأستاذنا الدكتور محمـد المدني بوساق ، المرجـع السابق ، والتشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص415 .

([369]) سورة النساء ، الآية : 5 .

([370]) سورة النور ، الآية : 4 .

([371]) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، المرجـع السابـق ، ج8 ، كتاب التفسير ، سورة النور ، باب " ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين ، حديث رقم 4747 ، ص303 . وزاد المعاد في هدي خير العباد لابن قيم الجوزيه ، المرجـع السـابق ، ج5 ، ص357 .

([372]) التشريع الجنائي الإسلامي لأستاذنا الدكتور محمد المدني بوساق ، المرجع السابق ، ص23 ـ 24 . وأنظر التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص418 وما بعدها .

([373]) الإجراءات الجنائية في جرائم الحدود لسعد ظفير ، المرجع السابق ، ص131 .

([374]) التشريع الجنائي لأستاذنا الدكتور محمد المدني بوساق ، المرجع السابق ، ص25 .

إن اقتناع القاضي بشهادة الشهود شيء مهم في جرائم الحدود ، إذ لا بد للقاضي أن يتأكد من صدقهم ، لأن كلامهم محتمل والاحتياط فيه واجب[376].

ففي الزنا لكي يقتنع القاضي بشهادة الشهود لابد من توفر الشروط التالية:

1- أن تكون الشروط صريحة بوصف الزنا والفعل نفسه ، فلابد من تحري الدقة في ذلك .
2- الأمر الثاني من الأمور التي تؤدي إلى اقتناع القاضي أن يكون المشهود عليه ممن يتصور منه الوطء ، فإن كان ممن لا يتصور منه ذلك كالمجبوب لا تقبل الشهادة ، ويحد الشهود حد القذف ، كذلك لو كان المشهود عليها امرأة وكانت رتقاء ، أو صغيرة لا يوطأ مثلها ، لم تصح الشهادة لعدم تصور حصول الزنا بها ، ويحد الشهود للقطع بكذبهم .
3- أن يكون المشهود عليه بالزنا ممن يقدر على دعوى الشبهة فإن كان ممن لا يقدر كالأخرس ، لم تصح الشهادة ، لاحتمال أن يكون عنده شبهة ، ولكنه لا يستطيع قولها ، ولو كان قادراً لادعائها ، وهذا عند الأحناف .

هذا فيما يتعلق بالأمور التي تؤدي إلى اقتناع القاضي بشهادة الشهود في حد الزنى[377].

فإن كانت الشهادة في حد السرقة فلكي يقتنع القاضي لابد وأن يسألهم عن السارق والمسروق منه والحرز والنصاب وصفة السرقة لأن الحكم يختلف باختلافها فوجب ذكرها[378].

ويسألهم عن زمانها لأن بعضهم يشترط عدم التقادم كالشهادة في الزنا أو أن السارق غير مكلف في زمان السرقة ويقول بذلك الأحناف ، فيسألهم عن جنس النصاب وقدره وعن الحرز وعن المسروق منه لاحتمال أن يكون السارق أباً أو زوجة للمسروق منه أو له في المال شبهة كما يسألهم من المكان الذي تمت فيه السرقة ، كما يسألهم عن المال المسروق لأنه لا يجب القطع في سرقة كل مال[379].

أما الشهادة في حد القذف فيسألهم القاضي عن اللفظ المستخدم في القذف ومكان القذف وزمانه والمقذوف فربما كان الشخص لا يحد بقذفه .

أما الشهادة في حد الشرب فيسألهم عن ماهية الخمر ومكان الشرب وزمانه لأن بعض العلماء يرى عدم الحد في دار الحرب ، والأحناف يشترطون عدم التقادم . فلابد من السؤال عن الزمان لاحتمال التقادم . وهل شربها مختاراً أم مكرهاً ؟ وغير هذا من الأمور التي تجعل القاضي يقتنع بإيجاب الحد على الفاعل .

([375]) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص427 وما بعدها وجعله شرطاً سادساً . وأنظر الإجراءات الجنائية في جرائم الحدود لسعد ظفير ، المرجع السابق ، ص133 وما بعدها وجعله شرطاً خامساً . وأنظر التشريع الجنائي لأستاذنا الدكتور محمد المدني بوساق ، المرجع السابق ، ص24 ـ 25 حيث جعله في ثلاثة شروط وصف الزنا واتفاق الشهود في المكان والزمان وتعيين الموطوءة كلاً منها شرطاً مستقلاً .

([376]) الإجراءات الجنائية في جرائم الحدود لسعد ظفير ، المرجع السابق ، ص133 .

([377]) الإجراءات الجنائية في جرائم الحدود لسعد ظفير ، المرجع السابق ، ص140 .

([378]) المهذب للشيرازي ، المرجع السابق ، ص470 .

([379]) الإجراءات الجنائية في جرائم الحدود لسعد ظفير ، المرجع السابق ، ص141 .

والأحناف لا يشترطون التفصيل في شهادة الخمر مثل الزنا لأن الخمر لا ينقسم إلى ما يوجب الحد وما لا يوجبه .

وفي الشهادة على الردة فيسأل القاضي الشاهد ليتبين ما سمع منه لأن العلماء يختلفون في الأمور التي يصير بها الشخص مرتداً[380].

أما الشهادة على قطع الطريق فتكون على أعيانهم وإن لم يذكروا أسمائهم وأنسابهم، ويشهد أنهم عرضوا بالسلاح لهؤلاء أو لشخص معين ، وأنهم أخافوه بالسلاح ، وأصابوه ، وأنهم فعلوا ما يوجب الحد .

الفرع الثاني : الإقرار

تعريف الإقرار لغة :

الإقرار هو الإذعان للحق[381] وأقر بالحق اعترف به ، وقَرّره غيره بالحق حتى أقر به[382]. إذاً الإقرار هو الإذعان للحق والاعتراف به ، فيقال أقر بالحق أي اعترف به[383].

تعريف الإقرار في الاصطلاح :

عرفه الأحناف بأنه إخبار الإنسان عن ثبوت حق للغير على نفسه[384].

وعند المالكية الإقرار هو خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو لفظ نائبه[385].

وعند الشافعية الإقرار هو إخبار الشخص بحق عليه لغيره[386].

وعند الحنابلة هو إظهار المكلف المختار ما عليه لفظاً أو كتابة أو إشارة بما يمكن صدقه فيه[387].

وقيل الإقرار هو الاعتراف بالحق[388]، مأخوذ من المقر ، وهو المكان ، كأن المقر يجعل الحق في موضعه أي مكانه ، وهو إخبار عما في نفس الأمر ، لا إنشاء[389].

والإقرار في مقام الجنائيات هو شهادة المرء على نفسه بأنه ارتكب الجرم أو تسليمه بارتكابه[390].

([380]) المهذب للشيرازي ، المرجع السابق ، ص470 .

([381]) القاموس المحيط للفيروزآبادي ، المرجع السابق ، ص593 .

([382]) مختار الصحاح للرازي ، المرجع السابق ، ص501 .

([383]) لسان العرب لابن منظور ، المرجع السابق ، ص398 .

(384) المبسوط لأبي محمد بن أبي سهل السرخسي ، المتوفى عام 490هـ (مطبعة السعادة ، ط1 ، عام 1324هـ) ج17 ، ص185 .

(385) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن محمد ابن عبد الرحمن المعروف بالخطاب (دار الفكر، ط 2 ، 1398هـ ـ 1978م) ج5 ، ص216 .

(386) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع لمحمد الشربيني الخطيب (مصر، دار إحياء الكتب العربية لعيسى البابي الحلبي، 1940م) ص48 .

(387) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف لأبي الحسن علي بن سليمان المرداوي (بدون تاريخ نشر) ج12 ، ص125 .

([388]) منار السبيل لابن ضويان ، المرجع السابق ، ص450 .

([389]) الروض المربع للبهوتي ، المرجع السابق ، ص728 .

([390])([4]) إثبات موجبات الحدود و القصاص والتعازير لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص76 .

والإقرار والاعتراف صنوان في الشريعة ، فالاعتراف هو الإذعان للحق والإقرار به(391).

وجاء الإقرار في القرآن الكريم بقوله تعالى : ((قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَى ذَلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنَا مَعَكُمْ مِنَ الشَّاهِدِينَ))[392].

وبلفظ الاعتراف في قوله تعالى ((فَاعْتَرَفُوا بِذَنْبِهِمْ فَسُحْقاً لأَصْحَابِ السَّعِيرِ))[393]. وقوله تعالى : ((وَآخَرُونَ اعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِمْ))[394].

ومن السنة حديث العسيف قوله صلى الله عليه وسلم (والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله ، الوليدة والغنم رد ، وعلى ابنك جلد مائة ، وتغريب عام ، واغد يا أنيس إلى امرأة هذا . فإن اعترفت فأرجمها) قال فغدا عليها . فاعترفت ، فأمر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجمت[395].

وإذا أخذنا الإقرار على أنه تسليم بصحة حصول الواقعة الإجرامية من المقر فلا يكون هناك نزاع فيما يدعيه المدعي ولا مجال إذن للإثبات ، وبالتالي لا يعد الإقرار طريقاً من طرق الإثبات ، ولكن لما كان الإقرار إخباراً عن أمر يتعلق به حق الغير ، وبالتالي فهو شهادة على النفس ، لذا يجب على القاضي أن يتأكد من صحته وتلقائيته ويكون بهذه الصفة من الحجاج الشرعية وحكمه اللزوم[396].

ومن المعلوم أن الإقرار يعتبر حجة قاصرة على المقر لا يتعداه إلى غيره وخاصة في الجنايات ، والأصل أن المقر لا ولاية له إلا على نفسه فيسري إقراره عليه دون غيره[397].

فلو أقر رجل أنه زنى بامرأة فسماها واكتملت شروط الإقرار أقيم عليه الحد أما المرأة فلا يقام عليها الحد بإقرار الرجل إلا بإقرارها هي أو وجود بينة عليها فتحد ولا علاقة لها بإقرار الرجل.

ويشترط الفقهاء للإقرار الشروط التالية :

1 – أن يكون الإقرار أربع مرات في الإقرار بالزنا عند أبو حنيفة وأحمد قياساً على عدد الشهود في الزنا ولما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أنه قال : أتى رجل من المسلمين رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في المسجد فناداه ، فقال : يا رسول الله إني زنيت ، فاعرض عنه حتى ثنى ذلك عليه أربع مرات ، فلما شهد على نفسه أربع شهادات ، دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : " أبك جنون ؟ " قال : لا . قال

---

(392) سورة آل عمران ، الآية : 81 .

(393) سورة الملك ، الآية : 11 .

(394) سورة التوبة ، الآية : 102 .

(395) صحيح مسلم بشرح النووي ، المرجع السابق ، مجلد 6 ، ج11 ، كتاب الحدود ، رقم 1697 ، ص186 وتحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي للمباركفوري ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، أبواب الحدود، باب 8 ، رقم 1455 ، ص584 .

(396) إثبات موجبات الحدود والقصاص والتعازير لأستاذنا الدكتمور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص76 ـ 77 .

(397) الحقيل ، محمد عبد الرحمن ، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي ، (ط1 ، 1414هـ ـ 1994م) ، ص69 .

: " هل أحصنت ؟ " قال : نعم . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " اذهبوا به فارجموه "[398].

ولو وجب الحد بالإقرار مرة واحدة لم يعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم لأنه لا يجوز ترك حد وجب لله[399].

أما مالك والشافعي فيرون الاكتفاء بالإقرار مرة واحدة لأن الإقرار خبر والخبر لا يزيد بالتكرار واستدلوا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم في حديث العسيف (وأغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها)[400]. فعلق الرجم على مجرد الاعتراف أما تكراره صلى الله عليه وسلم على ماعز أربع مرات فراجع إلى أن الرسول استنكر عقله فقيل أنه صلى الله عليه وسلم سأل قومه عن عقله فلما أخبروه بصحته أمر برجمه[401].

2 – أن يكون الإقرار في مجلس القضاء فيشترط أبو حنيفة أن يكون الإقرار بالزنا في مجلس القضاء أما إن كان الإقرار خارج مجلس القضاء وشهد عليه الشهود في مجلس القضاء فلا يحد بذلك لأنه إذا كان مقراً فيحد بناءً على إقراره أما إذا كان منكراً للإقرار فلا يحد بناءً على شهادة الشهود لأن الرجوع في الإقرار يدرأ الحد .

أما مالك والشافعي وأحمد فلا يشترطون الإقرار في مجلس القضاء فلو حصل في غير المجلس وشهد عليه أربعة شهود في الزنا أو شاهدان عدلان في بقية الحدود أخذ به ، والإنكار في مجلس القضاء لا يؤخذ به ولا يعتبر عدولاً عن الإقرار لأنه تكذيب للشهود ، أما إذا كذب نفسه في إقراره فلا يحد ويعتبر بذلك رجوعاً في الإقرار . ومالك يرى إنكار المقر رجوعاً في الإقرار حتى بوجود الشهود[402].

3 – أن يكون الإقرار مفصلاً مبيناً لحقيقة الفعل حتى تنتفي كل الشبه في الإقرار .

فالإقرار لا يؤخذ قضية مسلمة بل يجب التأكد من صحة الإقرار ، وذلك واجب القاضي الجنائي ، فلابد أن يقتنع بأن الإقرار صحيحاً فيتحقق من عقل المقر وهل هو مسؤولاً جنائياً أم لا فإذا كان مجنوناً أو صغيراً لم يبلغ لم يحد بإقراره وإن عزر ، ولذلك فالرسول صلى الله عليه وسلم حين جاءه ماعز معترفاً سأل هل به جنون أو هو شارب خمر وأمر من يشم رائحته وجعل يستفسره عن الزنا فقال له " لعلك قبلت أو غمزت " وفي رواية أخرى " هل ضاجعتها ؟ " قال نعم ، وفي حديث ابن عباس " أنكتها " لا يكنى قال نعم قال دخل ذلك منك في ذلك منها ؟ قال نعم ، قال وكما يغيب المرود في المكحلة ، والرشاء في البئر ؟ قال نعم قال تدري ما الزنا ؟ قال نعم أتيت منها حراماً ما يأتي الرجل من امرأته حلالاً . قال فما تريد بهذا القول

---

(398) صحيح مسلم بشرح النووي ، المرجع السابق ، المجلد السادس ، ج11 ، كتاب الحدود رقم 1691 ، ص176 ، وتحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي للمباركفوري، المرجع السابق، أبواب الحدود، باب 5 رقم 1450، ص577، ونيل الأوطار وشرح منتقى الأخبار للشوكاني، المرجع السابق ، كتاب الحدود، باب استفسار المقر بالزنا، رقم 3108، 3109، ص115 ـ 116 .

(399) التشريع الجنائي لعبد القادر عوده ، المرجع السابق ، ج2 ، ص432 .

(400) صحيح مسلم بشرح النووي ، المرجع السابق ، مجلد 6 ، ج11 ، كتاب الحدود ، رقم 1697 ، ص186 ، وتحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي للمباركفوري ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، أبواب الحدود، باب 8 ، رقم 1455 ، ص584 .

(401) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده ، المرجع السابق ، ج2 ، ص433 .

(402) إثبات موجبات الحدود والقصاص والتعازير لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص85 .

؟ قال تطهرني . فأمر به فرجم ، فدل ذلك كله على أنه يجب في الإقرار أن يكون مفصلاً مبيناً لحقيقة الفعل المقر به[403].

كما يجب أن يكون الإقرار منصباً على الواقعة قاطعاً لا يحتمل تأويلاً ، فيجب أن ينصب على الواقعة بعناصرها المكونة للجريمة سواء كانت موجبة للحد أو القصاص أو التعازير ، فإذا تخلف عنصراً من العناصر المكونة للواقعة الإجرامية الموجبة للحد أو القصاص فلا حد ولا قصاص ، وقد يوقع التعزير [404].

4 – أن يكون المقر بالغاً عاقلاً مختاراً فلا يقبل إقرار الصبي والمجنون والمكره .

لأن المكره والمجنون لا حكم لكلامهما لحديث " رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يشب وعن المعتوه حتى يعقل "[405].

وروي عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال " إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه "[406].

وعلى ذلك فإن المجنون إذا أقر في حال إفاقته بالزنا وأن الزنا حدث وهو مفيق فعليه الحد دون خلاف لأن الزنا الموجب للحد وقع منه في حال التكليف والقلم غير مرفوع عنه وإقراره جاء في حال يعتبر فيها كلامه ، فإقراره في الإفاقة بالزنا يوجب الحد ، أما إذا أقر وهو مفيق ولكن الزنا حدث في غير حال الإفاقة أي في حال الجنون فلا يجب الحد مع الاحتمال[407]. وكذلك إقرار النائم .

أما النطق في الإقرار فيشترط به أبو حنيفه رحمه الله تعالى حيث أن الإقرار عنده يجب أن يكون بالخطاب والعبارة لا بالكتابة والإشارة ، فالأخرس وإن أقر بكتابة أو إشارة لم يقبل إقراره لأن الشريعة علقت الحد على البيان المتناهي الصريح أما الإشارة والكتابة فهي بمنزلة الكناية .

ولم يشترط أبو مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله النطق فإقرار الأخرس إذا فهمت إشارته يؤخذ به[408].

ويصح إقرار السكران في القذف والقتل كما هو الحال في الأموال وسائر التصرفات لتعلق حق الفرد بهما ، ولذلك يقول الفقهاء بأن السكران من محرّم كالصاحي إلا في ثلاث الردة والإقرار في الحدود الخالصة لله تعالى ، والإشهاد على شهادة نفسه . ومنه يتضح أن السكران بحلال يلحق إقراره بإقرار المجنون فلا يعتبر [409].

وأضاف أستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض الشرطين التاليين :

5 – أن يكون الإقرار بقصد الكشف عن الحقيقة وليس لعلة أخرى ، إذ قد يهدف المقر باعترافه إلى إخفاء الحقيقة لأسباب خاصة كتخليص أب أو ابن أو زوجة من

([403]) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده ، المرجع السابق ، ج2 ، ص434 . والتشريع الجنائي الإسلامي لأستاذنا الدكتور محمد المدني بوساق ، المرجع السابق ، ص27 .

([404]) إثبات موجبات الحدود والقصاص والتعازير لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص78.

([405]) تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي للمباركفوري ، المرجع السابق ، رقم 1443 ، ص570 .

([406]) السنن الكبرى للبيهقي ، المرجع السابق ، ج8 ، ص235 .

([407]) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده ، المرجع السابق ، ج2 ، ص436 .

([408]) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده ، المرجع السابق ، ج2 ، ص436 .

([409]) إثبات موجبات الحدود والقصاص والتعازير لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص80.

تهمة ، وفي هذه الحالة يقضي القاضي بخلاف ما يعترف به المقر ما دام قد تبين له وجه الحق وأنه غير ما اعترف به .

6 – وأن يكون الإقرار يصدقه الظاهر ولا يثبت كذبه بحجاج أخرى مباشرة أو غير مباشرة كقرائن ظرفية أو مادية فيلزم لصحة الإقرار أن يكون متمشياً مع ظروف القضية وملابساتها بحيث لا يكون من بينها ما ينفيه واعتراف المجبوب العنين والخصي يتضمن في ذاته عدم القدرة والاستطاعة ، وهذا أكثر قوة من الرجوع في الإقرار . أما إذا كان المقر بالزنى لديه آلة الزنى صح إقراره لتصور الزنى منه وبالتالي يحد[410].

الرجوع عن الإقرار :

إذا رجع المقر بالزنا عن إقراره سقط عنه الحد ، ويصح الرجوع عن الإقرار قبل القضاء وبعده ، وقبل التنفيذ وإذا رجع أثناء التنفيذ وجب وقفه والرجوع قد يكون صريحاً وقد يكون دلالة عند الجمهور كهرب المرجوم أثناء الرجم أو المحدود بالجلد أثناء الجلد ، فيرى الشافعي أن مجرد الهروب لا يدل على الرجوع في الإقرار وإنما يقتضي الكف عنه حتى يرجع تصريحاً فإن لم يرجع لزم تنفيذ الحد[411].

والرجوع في الإقرار يورث شبهة والحدود لا تستوفى بالشبهات ، فعن عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلو سبيله فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة)[412] رواه الترمذي .

وفي حديث ماعز قوله صلى الله عليه وسلم (هلا تركتموه) برواية أحمد وابن ماجة والترمذي[413].

وهذا الهرب دليل الرجوع والرجوع مسقط للحد . ويرى أبو حنيفة ومالك وأحمد أن مجرد الهرب دليل على الرجوع في الإقرار دون حاجة إلى التصريح به .

وإذا رجع المقر بالزنا عن إقراره بالإحصان سقط حد الرجم ووجب حد الجلد ، أما إذا رجع عن إقراره بالزنا سقط حد الرجم والجلد معاً وقد يعزر لفريته على نفسه .

أما إذا رجع القاذف عن إقراره فلا يسقط الحد لأنه حق للعبد لا يحتمل السقوط بعد ثبوته ، كما لا يشترط تكرار الاعتراف في القذف وبقية الحدود ما عدا الزنا كما أسلفنا فيشترط فيه التكرار أربع مرات وكذلك حد السرقة عند أبو يوسف وأحمد حيث يرون أن يكون الإقرار مرتين بعدد شهود السرقة بخلاف الجمهور وهم أبو حنيفة

---

(410) إثبات موجبات الحدود والقصاص والتعازير لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص79، ص84.

(411) التشريع الجنائي لأستاذنا الدكتور محمد المدني بوساق ، المرجع السابق ، ص28 ـ 29 .

(412) نيل الأوطار للشوكاني ، المرجع السابق ، رقم 3116 ، ص121 وتحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي ، المرجع السابق ، رقم 1444 ، ص572 ـ 573 .

(413) نيل الأوطار للشوكاني ، المرجع السابق ، رقم 3111 ، ص118 .

ومالك والشافعي والظاهرية حيث يرون الإقرار مرة واحدة في السرقة ليوجب الحد[414].

أما إذا رجع الشارب عن إقراره فلا يحد باتفاق الفقهاء . كما اتفقوا على إقرار الشارب مرة واحدة ليقام عليه الحد وتفرد أبو يوسف بقوله لابد من تكرار الإقرار مرتين بعدد الشهود للشارب .

أما إذا رجع السارق عن إقراره فيدرأ القطع عنه إلا إذا كانت السرقة ثابتة بالبينة وليست بالإقرار ، وهذا قول مالك وأحمد والظاهرية . أما أبو حنيفة فيسقط حد السرقة بالرجوع عن الإقرار ولو قام الحد بالبينة أي الشهادة لأن الإقرار يبطل الشهادة ، أما الشافعي فقال لا يسقط القطع إذا ثبتت السرقة بالبينة أولاً ولو أقر بعد ذلك ثم عدل عن إقراره . أما إذا ثبتت بالإقرار ثم قامت البينة بعد الإقرار فإن عدل عن إقراره فيبطل البينة ويسقط الحد[415].

أما في الإقرار بقطع الطريق فيثبت عند الجمهور بالإقرار مرة واحدة أما أحمد فيجب عنده الإقرار مرتين .

كما يشترط أبو حنيفة وأبو يوسف أن لا يكون الإقرار في الشرب قد تقادم فإذا كان قد تقادم لم يقبل من المقر ، وحد تقادم الشرب عندهم هو ذهاب الرائحة، فمن أقر بشرب الخمر أو السكر بعد ذهاب الرائحة لم يقبل إقراره وهذا خلاف الجمهور فعندهم لا أثر للتقادم في الشرب[416].

وكما أنه اشترط تحريك الدعوى من المجني عليه في القذف أو مطالبته بحقه على القاذف فكذلك اشترط أبو حنيفة والشافعي وأحمد المخاصمة مع الإقرار في السرقة لكي يقام الحد ، فلا يقطع المقر بمال من مجهول أو من غائب إلا إذا خاصمه من يملك المخاصمة . أما أبو يوسف رحمه الله فلا يشترط المخاصمة ويرى القطع من مجهول أو غائب إذا ثبتت السرقة . ويحتج بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم حيث أقر سمرة بسرقة بعيراً ، فأرسل الرسول يسأل المجني عليهم فقالوا : فقدنا بعيراً في ليلة كذا . فقطعه[417].

([414]) التشريع الجنائي لعبد القادر عوده ، المرجع السابق ، ج2 ، ص438 وما بعدها . التشريع الجنائي لأستاذنا الدكتور محمد المدني بوساق ، المرجع السابق ، ص58 ، 119 .

([415]) التشريع الجنائي الإسلامي لأستاذنا الدكتور محمد المدني بوساق ، المرجع السابق ، ص119 .

([416]) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده ، المرجع السابق ، ج2 ، ص511 .

([417]) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده ، المرجع السابق ، ج2 ، ص616 .

الفرع الثالث : القسامة :

سبق القول أن الشريعة الإسلامية تأخذ بالشهادة والإقرار كطرق شرعية قطعية يحكم بها القاضي الجنائي متى توفرت شروطها وأركانها وانتفت موانعها وإذا لم يكن هناك شهادة أو إقرار في القتل كان هناك طريقاً للحكم اتفق عليه الفقهاء في الشريعة الإسلامية ألا وهو طريق القسامة .

حيث اتفق الفقهاء على ضمان المال في القسامة في القتل واختلفوا في القصاص من الجاني . وبناءاً على اتفاق الفقهاء على هذا الوجه اخترنا القسامة أن تكون الفرع الثالث من المصادر المباشرة في الشريعة الإسلامية ولو من هذا الوجه فقط .

ويجدر بنا أن نشير إلى أن البعض عد القسامة كقرينة من القرائن[418]. والبعض عدها متصلة باليمين[419].

تعريف القسامة في اللغة :

القسامة مأخوذة من القسم وهو اليمين . يقال أقسم أي حلف وأصله من القسامة وهي الأيمان تُقسَم على الأولياء في الدم . وتأتي بمعنى الوسامة أي الحسن والجمال[420].

ويذهب أهل اللغة إلى أنها القوم الذين يحلفون ، سُمّو باسم المصدر كما يقال رجل رضي ورجل عدل[421].

وفي فتح الباري هي مصدر أقسم قسماً وقسامة ، وهي الأيمان تُقَسَّم على أولياء القتيل إذا ادعوا الدم أو على المدعى عليهم الدم ، وخص القَسَم على الدم بلفظ القسامة ، وقال إمام الحرمين : القسامة عند أهل اللغة اسم للقوم الذين يُقْسِمُون ، وعند الفقهاء اسم للأيمان . وقال في المحكم : القسامة الجماعة يقسمون على الشيء أو يشهدون به . ويمين القسامة منسوب إليهم ثم أطلقت على الأيمان نفسها[422].

تعريف القسامة في الاصطلاح :

([418]) نظام إثبات الدعوى لعلي رسلان ، المرجع السابق ، ص175 .

(419) كتاب أدب القضاء للقاضي شهاب الدين أبي إسحاق إبراهيم بن عبد الله الهمداني الحمـودي المعروف بابن أبي الدم الشافعي (تحقيق ودراسة الدكتور محيي هلال السرحان، الجمهورية العراقية، وزارة الأوقاف والشئون الدينية ، إحياء التراث الإسلامي، الكتاب الثاني والسـتون ، بغداد، مطبعة الإرشاد، ط1 ، 1404هـ ـ 1984م) ج1 ، ص181 .

([420]) مختار الصحاح للرازي ، المرجع السابق ، ص535 والقاموس المحيط للفيروز آبادي ، المرجع السابق ، ص1483.

([421]) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده ، المرجع السابق ، ج2 ، ص320 .

([422]) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، المرجع السابق ، ج12 ، ص240 .

عرفها الأحناف بأنها عبارة عن أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار وجد فيها قتيل به أثر جراحة يقول كل واحد منهم بالله ما قتلته وما علمت له قاتلاً[423].

وعرفها الحنابلة بأنها الأيمان المكررة في دعوى القتل ، يقسم بها أولياء القتيل لإثبات القتل على المتهم أو يقسم بها المتهم على نفي القتل عنه[424].

وعرفه الجرجاني بأنه أيمان تقسم على المتهمين في الدم[425].

مصدر القسامة التشريعي :

كانت القسامة طريقاً من طرق الإثبات في الجاهلية فأقرها الإسلامي . فعن أبي سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم من الأنصار أن النبي صلى الله عليه وسلم (أقر القسامة على ما كانت عليه في الجاهلية)[426].

وما روى قتيبة بن سعيد ، حدثنا ليث عن يحيى ، عن بشير بن يسار ، عن سهل بن أبي حثمة ، وعن رافع بن خديج أنهما قالا : خرج عبد الله بن سهل بن زيد ومحيصة بن مسعود بن يزيد ، حتى إذا كانا بخيبر تفرقا في بعض ما هنالك ، ثم إذا محيصة يجد عبد الله بن سهل قتيلاً ، فدفنه ، ثم أقبل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم هو وحويصة بن مسعود وعبد الرحمن بن سهل ، وكان أصغر القوم ، فذهب عبد الرحمن ليتكلم قبل صاحبيه ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم " كَبِّرْ " (الكبر في السن) فصمت ، فتكلم صاحباه ، وتكلم معهما فذكروا لرسول الله صلى الله عليه وسلم مقتل عبد الله بن سهل، فقال لهم : (أتحلفون خمسين يميناً فتستحقون صاحبكم ؟) (أو قاتلكم) قالوا : وكيف نحلف ولم نشهد ؟ (فتبرئكم يهود بخمسين يميناً ؟) قالوا : وكيف نقبل أيمان قوم كفار ؟ فلما رأى ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى عقله . وفي رواية قال صلى الله عليه وسلم (يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع برمته ؟) . قالوا : أمر لم نشهده كيف نحلف ؟ قال (فتبرئكم يهود بأيمان خمسين منهم ؟) قالوا : يا رسول الله قوم كفار ، قال : فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده[427].

وفي رواية عن سعيد بن عبيد عن بشير بن يسار (زعم أن رجلاً من الأنصار يقال له سهل بن أبي حثمة أخبره أن نفراً من قومه انطلقوا إلى خيبر فتفرقوا فيها ووجدوا أحدهم قتيلاً وقالوا للذي وجد فيهم : قد قتلتم صاحبنا ، قالوا : ما قتلنا ولا علمنا قاتلاً ، فانطلقوا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا : يا رسول الله انطلقنا إلى

([423]) أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي للحقيل ، المرجع السابق ، ص129 . وأنظر الإثبات الجنائي بالقرائن لعبد الحافظ عابد ، المرجع السابق ، ص390 .

([424]) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده ، المرجع السابق ، ج2 ، ص322 وأدلة الإثبات في الفقه الإسلامي للحقيل ، المرجع السابق ، ص130 .

([425]) أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي للحقيل ، المرجع السابق ، ص130 .

([426]) صحيح مسلم بشرح النووي ، المرجع السابق ، ج11 ، رقم 1670 ، ص136 ونيل الأوطار للشوكاني ، المرجع السابق ، ج7 ، رقم 3033 ، ص41 ، والمبسوط للسرخسي ، المرجع السابق ، ص107 .

([427]) صحيح مسلم بشرح النووي ، المرجع السابق ، ج11 ، رقم 1669 ، باب القسامة (1) و (2) ، ص130 ـ 133 ونيل الأوطار للشوكاني ، المرجع السابق ، ج7 ، رقم 3034 ورقم 3035 ، ص41 ـ 42 .

خيبر فوجدنا أحدنا قتيلاً ، فقال : الكبر الكبر . فقال لهم : تأتون بالبينة على من قتله ؟ قالوا : ما لنا بينة . قال : فيحلفون . قالوا : لا نرضى بأيمان اليهود ، فكَرِه رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يُطَلَّ دمه " فوداه مائة من إبل الصدقة "[428].

وقال القاضي عياض : حديث القسامة أصل من أصول الشرع ، وقاعدة من قواعد الأحكام ، وركن من أركان مصالح العباد ، وبه أخذ العلماء كافة من الصحابة والتابعين ، ومن بعدهم من علماء الأمصار الحجازيين والشاميين والكوفيين وغيرهم رحمهم الله تعالى، وإن اختلفوا في كيفية الأخذ به ، وروي عن جماعة إبطال القسامة ، وأنه لا حكم لها ، ولا عمل بها . وممن قال بهذا سالم بن عبد الله وسليمان بن يسار والحكم بن عيينة وقتادة وأبو قلابه ومسلم بن خالد وابن علية والبخاري وغيرهم ، وعن عمر بن عبد العزيز روايتان كالمذهبين . واختلف القائلون بها فيما إذا كان القتل عمداً هل يجب القصاص بها ؟ فقال معظم الحجازيين : يجب . وهو قول الزهري وربيعة وأبي الزناد ومالك وأصحابه والليث والأوزعي وأحمد وإسحاق وأبي ثور وداود ، وهو أحد قولي الشافعي . وقال الكوفيون والشافعي رضي الله عنه في أصح قوليه : لا يجب بها القصاص ، وإنما تجب الدية[429].

وبذلك نجد أن الفقهاء قد أجمعوا على مشروعية القسامة لأن سبب وجوبها هو التقصير في النصرة وحفظ الموضع الذي وجد فيه القتيل ممن وجب عليه النصرة والحفظ لأنه إذا وجب عليه الحفظ فلم يحفظ مع القدرة عليه صار مقصراً بترك الحفظ الواجب فيؤاخذ بالتقصير زجراً عن ذلك وحملاً على تحصيل الواجب ، وكل من كان أخص بالنصرة والحفظ كان أولى بحمل القسامة والدية لأنه أولى بالحفظ فكان التقصير منه أبلغ، ولأن القتيل إذا وجد في موضع اختص به واحد أو جماعة إما بالملك أو باليد وهو المتصرف فيه فيتهمون أنهم قتلوه ، فالشرع ألزمهم القسامة دفعاً للتهمة والدية لوجود القتيل بين أظهرهم[430].

ولم يخالف مشروعية القسامة إلا قليل منهم أبرزهم سالم بن عبد الله وأبو قلابة وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنه حيث يرون أنه لا يجوز الحكم بالقسامة .

وحجتهم في ذلك أنها مخالفة لأصول التشريع الإسلامي ، إذ الأصل في التشريع أن لا يحلف أحد إلا على ما علم قطعاً بالمشاهدة الحسية وإذا كان كذلك فكيف يقسم أولياء الدم وهم لم يشاهدوا القتيل ، بل قد يكونون في بلد والقتل في بلد آخر[431]، وحيث روى البخاري عن أبي قلابة أن عمر بن عبد العزيز أبرز سريره

([428]) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، المرجع السابق ، ج12 ، رقم 6898 ، ص239 . وأنظر نيل الأوطار للشوكاني ، المرجع السابق ، ج7 ، رقم 3036 ، ص42 .

([429]) صحيح مسلم بشرح النووي ، المرجع السابق ، ج11 ، ص130 ـ 131 وأنظر تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، المرجع السابق ، ج4 ، ص568 ـ 569 وأنظر نيل الأوطار للشوكاني ، المرجع السابق ، ج7 ، ص43 ـ 44 .

(430) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ، المتوفى عام 578هـ (بيروت ، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي ، ط3 ، 1421هـ ـ 2000م) ج7 ، ص290 . وأدلة الإثبات في الفقه الإسلامي للحقيل، المرجع السابق ، ص133 ، والتشريع الجنائي لعبد القادر عوده، المرجع السابق ، ص328 .

(431) نيل الأوطار للشوكاني ، المرجع السابق ، ج7 ، ص43 ، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد ، لمحمد بن أحمد ابن رشد ، (مطبعة الحلبي ، عام 1379هـ ـ 1960م) ، ج2 ، ص358 والتشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده ، المرجع السابق ، ج2 ، ص324 ـ

يوماً للناس ثم أذن لهم فدخلوا، فقال : ما تقولون في القسامة ؟ قالوا : نقول القسامة القود بها حق وقد أقادت بها الخلفاء . قال لي ما تقول يا أبا قلابة ؟ ونصبني للناس ؟ فقلت : يا أمير المؤمنين ، عندك رؤوس الأجناد وأشراف العرب ، أرأيت لو أن خمسين منهم شهدوا على رجلٍ محصن بدمشق أنه قد زنى ولم يروه أكنت ترجمه ؟ قال : لا . قلت : أرأيت لو أن خمسين منهم شهدوا على رجل بحمص أنه سرق أكنت تقطعه ولم يروه ؟ قال : لا . قلت : فوالله ما قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم أحداً قط إلا في إحدى ثلاث خصال : رجل قتل بجريرة نفسه فقتل ، أو رجل زنى بعد إحصان ، أو رجل حارب الله ورسوله وارتد عن الإسلام[432].

واحتجوا كذلك بأن الأصل في الشرع أن البينة على المدعي واليمين على المنكر فلا تكون الأيمان لإشاطة الدماء وأن القسامة كانت من أحكام الجاهلية فتلطف لهم النبي صلى الله عليه وسلم ليريهم كيف بطلانها وإلى عدم ثبوتها[433]، لذلك كتب عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه إلى عدي بن أرطاة ـ وكان أَمّرَهُ على البصرة ـ في قتيل وجد عند بيت من بيوت السمانين : إن وجد أصحابه بيِّنه وإلا فلا تظلم الناس ، فإن هذا لا يقضى به إلى يوم القيامة[434].

ويرد الجمهور[435] على هذه الحجج بأن القسامة سنة مقررة بنفسها مخصصة للأصول كسائر السنن المخصصة وأنه يجوز للأولياء أن يقسموا على القاتل إذا غلب على ظنهم أنه قتله وإن كانوا غائبين عن مكان القتل لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال للأنصار (تحلفون وتستحقون دم صاحبكم)[436] وكانوا بالمدينة والقتيل بخيبر ، ولأن للإنسان أن يحلف على غالب ظنه كمن اشترى من إنسان شيئاً فجاء آخر يدعيه جاز أن يحلف أنه لا يستحقه لأن الظاهر أنه ملك الذي باعه وكذلك إذا وجد شيئاً بخطه أو بخط أبيه جاز أن يحلف ولو أنه لا يعلمه ، أو يذكره ، وكذلك إذا باع شيئاً لم يعلم فيه عيباً فادعى عليه المشتري أنه معيب كان له أن يحلف أنه باعه بريئاً من العيب ، ولا ينبغي أن يحلف المدعي إلا بعد التثبت وغلبة الظن بما يقارب اليقين.

ولا يمنع أن تكون الأيمان سبيلاً لإشاطة الدماء أي إهدارها ما دامت الأيمان تؤدي إلى إثبات الجريمة على الجاني لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال (يقسم

---

325 وأدلة الإثبات في الفقه الإسلامي للحقيل، المرجع السابق ، ص134 ـ 135 . وبدائع الصنائع للكاساني ، المرجـع السـابق ، ج10 ، ص4735 ، وإثبات موجبات الحدود والقصاص والتعازير لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص167 حاشية رقم 3 .

([432]) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، المرجع السابق ، ج12 ، رقم 6899 ، ص239 .

([433]) نيل الأوطار للشوكاني ، المرجع السابق ، ج7 ، ص43 ، وبداية ا تهد و اية المقتصد لابن رشد ، المرجع السـابق ، ج2 ، ص358 . والتشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده ، المرجع السابق ، ج2 ، ص324 ـ 325 وأدلة الإثبات في الفقه الإسلامي للحقيل، المرجع السابق ، ص134 ـ 135 . وبدائع الصنائع للكاساني ، المرجع السابق ، ج10 ، ص4735 ، وإثبات موجبات الحدود والقصاص والتعازير لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض، المرجع السابق ، ص167 حاشية رقم 3 .

([434]) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، المرجع السابق ، ج12 ، ص239 .

[(3)] الشرح الكبير على مختصر خليل لأبي بركات أحمد الدردير (المطبعة العامرة ، عام 1292هـ) ج10 ، ص5 ـ 6 .

[(4)(5)(6)(7)] صحيح مسلم بشرح النووي ، المرجع السابق ، ج11 ، رقم 1669 ، باب القسامة (1) و (2) ، ص130 ـ 133 ونيـل الأوطار للشوكاني ، المرجع السابق ، ج7 ، رقم 3034 ورقم 3035 ، ص41 ـ 42 .

خمسون منكم على رجل منهم فيدفع إليكم برمته)[437] وفي رواية (يسلم إليكم)[438] وفي لفظ (وتستحقون دم صاحبكم)[439] وأراد دم القاتل لأن دم القتيل ثابت ، وإذا كانت القسامة طريق الإثبات العمد فقد وجب بها القصاص ، إلا أن أغلب القائلين بالقسامة لا يرون أنها تؤدي للقصاص بل يرون أنها تؤدي للدية فقط ، إذاً القسامة لا تؤدي لإشاطة الدماء .

وأما أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر فإن الأحناف يرون اليمين دائماً على المدعى عليهم في القسامة أما من يقول بأن اليمين على المدعين فقاعدتهم أن اليمين شرعت لجهة أقوى المتداعين أي الخصوم ، فأي من الخصمين ترجح جانبه جعلت اليمين من جهته وقد ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه عرض القسامة أولاً على المدعين فلما أبوا جعلها في جانب المدعى عليهم ، وقد جعلت في جانب المدعين لأنه ترجح باللوث ، وفي جانب المدعى عليهم إذا لم يترجح للمدعين بشيء غير الدعوى فيكون المدعى عليهم أولى باليمين لأصل براءة الذمة ، لأن اليمين المشروعة دائماً في جانب أقوى المتداعين فشرعت في حقه[440].

وعلى ذلك نجد اتفاق الفقهاء على أن القسامة توجب ضمان المال من المدعى عليهم أي الدية فقط ، حيث لم يتفقوا على القصاص من الجاني للأدلة التي أوردناها .

ولأن القسامة شرعت لحفظ الدماء وصيانتها ، فالشريعة الإسلامية تحرص أشد الحرص على حفظ الدماء وعدم إهدارها ، وحيث أن القتل يكثر حينما تخفى الشهادة عليه، فلا يكون في حال وجود الناس لئلا يشهدوا على الجاني لأنه يتحرى مواضع الخلوات فجعلت القسامة لكي لا يفلت المجرمون من العقاب ولكي تحفظ الدماء وتصان[441].

ولا شك أن من مات في زحام الجمعة أو في الطواف ولم يعلن له قاتلاً بعينه فديته من بيت مال المسلمين . وقال به أحمد[442].

شروط القسامة[443]:

ولكي نلجأ إلى القسامة كطريق إثبات في القتل أورد الفقهاء الشروط التالية :

أولاً : أن يثبت أن الموت نتيجة القتل ، فإن مات حتف أنفه أي بدون قتل أو أثر قتل فلا قسامة .

([440]) الشرح الكبير للدرير ، المرجع السابق ، ج10 ، ص28 ، 39 ، 40 ، وأعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزيه ، المرجع السابق ، ج1، ص118 . الطرق الحكمية لابن قيم الجوزيه ، المرجع السابق ، ص110 وما بعدها . والتشريع الجنائي لعبد القادر عوده ، المرجع السابق ، ج2 ، ص326 ـ 327 .

([441]) بداية ا تهد و اية المقتصد لابن رشد ، المرجع السابق ، ج2 ، ص358 .

(442) المغني لأبي محمد بن عبدالله أحمد ابن قدامه المتوفى سنة 620هـ (المطبعة السلفية ، 1374هـ) ج10 ، ص9 .

([443]) التشريع الجنائي لعبد القادر عوده ، المرجع السابق ، ج2 ، ص337 وما بعدها .

ثانياً : أن يكون هناك لوثاً ويقول بذلك الإمام مالك والشافعي وأحمد فإن لم يكن هناك لوثاً فلا قسامة ، وأما أبو حنيفة فلا يشترط إلا أن تكون الجثة في محلة بها أثر القتل ، فإن لم توجد الجثة على هذا الوجه فلا قسامة .

واللوث عن مالك والشافعي هو أمر ينشأ عن غلبة الظن بصدق المدعي أو هو قرينة توقع في القلب صدق المدعي كوجود جثة القتيل في محلة أعدائه أو تفرق جماعة عن قتيل أو رؤية المتهم على رأس القتيل ومعه سكين .

واللوث عند أحمد على الرواية الراجحة هو ما يغلب على الظن صدق المدعي كالعداوة الظاهرة وكأن يتفرق جماعة عن قتيل فيكون ذلك لوثاً في حق كل واحد منهم وكأن يزدحم الناس في مضيق فيوجد فيهم قتيل . وكأن يوجد قتيل ولا يوجد بقربه إلا رجل معه سيف أو سكين ملطخ بالدم ولا يوجد غيره ممن يغلب على الظن أنه قتله[444].

ثالثاً : أن لا يعلم القاتل عند أبي حنيفة فإن علم القاتل فلا قسامة .

أما مالك والشافعي فيشترطون تعين القاتل فإذا لم يعين فلا قسامة .

رابعاً : أن يتقدم أولياء القتيل بالدعوى أي بالاتهام عند مالك والشافعي وأحمد ، واشترط أبو حنيفة المطالبة بالقسامة لأن اليمين حق لأولياء القتيل فلهم أن يختاروا من يتهمونه ويستحلفون صالحي العشيرة الذين يعلمون أنهم لا يحلفون كذباً .

خامساً : عدم تناقض أولياء القتيل بالدعوى فلا يدعون على شخص ثم يدعون على آخر .

سادساً : أن ينكر المدعى عليهم القتل فإذا اعترفوا بالقتل فلا قسامة .

سابعاً : يشترط أبو حنيفة أن يكون الموضع الذي وجد فيه القتيل ملكاً لأحد وفي يد أحد فإن لم يكن ملكاً لأحد ولا في يد أحد فلا قسامة ولا دية .

صور اللوث التي اعتمدها الفقهاء[445]:

أ - ثبوت عداوة ظاهرة بين القتيل وأهل المحلة التي وجدت بها جثته كأن تشتبك أسرتان أو فئتان بالسلاح ثم يوجد قتيل بأرض أو مكان لإحدى الأسرتين أو القبيلتين أو الفئتين ينتمي هذا المكان لإحداها .

ب - وجود قرينة مادية أو وجود القتيل في مكان خال من الناس وعلى رأسه رجل معه سلاح مخضب بالدماء .

ج - تصريحات المحتضر عند الإمام مالك رحمه الله تعالى حيث يقول دمي عند فلان لأنه لا يتجاسر عند موته على الكذب المؤدي لسفك الدماء كما أن وقت الاحتضار يندم فيه الظالم عن ظلمه .

---

(444) المغني لابن قدامـة ، المرجع السابق ، ج10 ، ص7 ـ 12 . و اية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمـد الرملي الشهير بالشافعي الصغير ، المتوفى عام 1004 هـ (مطبعة مصطفى الحلبي ، عام 1389هـ) ج7 ، ص69 .

(445) إثبات موجبات الحـدود والقصاص والتعازير ، لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص170 وما بعدها . وأنظر بصدد ذلك فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، المرجع السابق ، ج12 ، كتاب الديات ، ص246 وما بعدها . وصحيح مسلم بشرح النووي ، المرجع السابق ، ج11 ، باب القسامة ، ص131 وما بعدها .

هل القسامة دليل إثبات أم دليل نفي ؟
اختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين :
القول الأول : للإمام مالك والشافعي وأحمد ويرون أن القسامة دليل إثبات لإثبات الجريمة ضد الجاني كلما انعدمت أدلة الإثبات الأخرى أو لم تكن كافية بذاتها لإثبات الجريمة فإذا لم يكن إلا شاهد واحد أو لم يكن هناك شهود ولكن وجدت قرينة على أن القتل حصل من المتهم كان لأولياء القتيل أن يثبتوا الجريمة على المتهم بطريق القسامة .
القول الثاني : للأمام أبو حنيفة رحمه الله تعالى ويرى أن القسامة ليست دليل إثبات وإنما هي دليل نفي لأهل المحلة التي وجد فيها القتيل لأن المدعين عنده لا يحلفون وإنما يحلف المدعى عليهم (أهل المحلة) بالله ما قتلوه ليدرءوا عن أنفسهم القصاص ، وفي ذات الوقت تجب الدية لوجود القتيل بين أظهرهم لأن أبا حنيفة رحمه الله لا يرى أن البينة دائماً على من ادعى واليمين على من أنكر ، فإذا لم يعترف أهل المحلة بالقتل حلفوا خمسين يميناً فيدفعون بالقسامة عنهم التهمة وبذلك تكون القسامة دليل نفي[446].
المطلب الثاني : المصادر المباشرة في القانون الوضعي :
الشهادة والإقرار هي الطرق المباشرة للإثبات في القانون الوضعي كما في الشريعة الإسلامية بل أن بعضهم ذكر أن الإقرار هو أقوى الأدلة[447]وذكر بعضهم أن الإقرار هو سيد الأدلة في الإثبات[448] ، بالإضافة إلى الأدلة الأخرى غير المباشرة في الإثبات كالقرائن والخبرة والمحررات وغيرها إلا أنه في القانون الوضعي لم يقيد القاضي بدليل على آخر فيحكم بناءً على اقتناعه الذاتي بأي دليل وله أن يطرح أي دليلاً ولو كان شهادة أو إقرار من المتهم إذا لم يقتنع به ويأخذ بغيره سواء كان قرينة ظاهرة أو بناءاً على خبرة فنية إذا اقتنع بذلك فيحكم به .

الفرع الأول : الشهادة :
وحيث سبق التعريف اللغوي والشرعي للشهادة لذلك سوف نكتفي بالتعريف القانوني للشهادة .

التعريف القانوني للشهادة :
عرفت الشهادة في القانون بأنها تقرير شخص لما يكون قد رآه أو سمعه بنفسه أو أدركه على وجه العموم بحواسه[449].

([446]) بدائع الصنائع للكاساني ، المرجع السابق ، ج7 ، ص289 ـ 291 والتشريع الجنائي لعبد القادر عـوده ، المرجـع السـابق ، ج2 ، ص328 ـ 329 وأدلة الإثبات في الفقه الإسلامي للحقيل ، المرجع السابق ، ص141 . والمغني لابن قدامة ، المرجـع السـابق، ج10، ص7 و اية المحتاج للرملي ، المرجع السابق ، ج7 ، ص376 .
([447]) نظم الإجراءات الجنائية لجلال ثروت ، المرجع السابق ، ص516 .
([448]) مبادئ الإجراءات الجنائية لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص696 .
([449]) المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية لعلي زكي العرابي ، المرجع السابق ، رقم 943 ، ص476 .

وقال البعض أنها تعبير عن مضمون الإدراك الحسي للشاهد بالنسبة للواقعة التي يشهد عليها ، ولذلك فالشهادة قد تكون شهادة رؤية أو شهادة سماعية أو حسية تبعاً لإدراك الشاهد[450].

وقال البعض أنها الإدلاء بمعلومات معينة عن الغير توصل إليها بإحدى حواسه[451].

كما عرفت بأنها تعبير عن مضمون الإدراك الحسي للشاهد بما رآه أو سمعه بنفسه من معلومات عن الغير مطابقة لحقيقة الواقعة التي يشهد عليها في مجلس القضاء بعد أداء اليمين ممن تقبل شهادتهم ، وممن يسمح لهم بها ومن غير الخصوم في الدعوى[452].

وقد عرف قانون الإثبات السوداني لسنة 1983م في المادة 27 الشهادة بأنها البينة الشفوية لشخص عن إدراكه المباشر لواقعة تثبت مسؤولية مدعى بها على آخر في مجلس القضاء ومواجهة الخصوم[453].

والحقيقة أن التعريف الشرعي الذي أيدناه شامل وجامع للإجراءات الشرعية والقانونية .

والشهادة لدى محكمة النقض المصرية هي تقرير الشخص لما يكون قد رآه أو سمعه بنفسه أو أدركه على وجه العموم بحواسه[454].

فالشهادة هي الطريق العادي للإثبات الجنائي لأنها تنصب في المعتاد على حوادث عابرة تقع فجأة ولا يسبقها تراضٍ أو اتفاق إذ أن الجرائم ترتكب مخالفة للقانون ولا يتصور إثباتها مقدماً وإقامة الدليل عليها وإنما يعمل مرتكبها على الهروب وإزالة كل ما يمكن أن تتركه من آثار وذلك خلافاً للمسائل المدنية التي تحصل غالباً بناءً على اتفاق بين الخصوم ولذلك تعد الكتابة هي الطريق العادي للإثبات المدني[455].

وتعد الشهادة من أدلة الإثبات الجنائي ذات الأهمية البالغة ، إذ كثيراً ما يكون للشهادة وخاصة تلك التي يدلى بها فور وقوع الحادث أكبر الأثر في الحكم بالإدانة أو البراءة ، وغالباً ما تقوم بدور الدليل في الدعوى بمفردها ودون أن يؤازرها دليل آخر . ومن أجل ذلك عني القانون المقارن ، كما عنيت ـ من قبله ـ الشريعة الإسلامية

([450]) سلامة ، مأمون محمد ، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي (بيروت ، مطبعة دار الكتاب ، ط1 ، 1391هـ ـ 1971م) ج2 ، ص206 .

(451) سرور ، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، الجزء الثالث، النقض الجنائي وإعادة النظر (القاهرة، دار النهضة العربية ، 1980م) ص591 .

([452]) الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية لإبراهيم الغماز ، المرجع السابق ، ص44 .

([453]) إثبات موجبات الحدود والقصاص والتعازير لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص108 .

([454])نقض 1978/2/6م مجموعة أحكام النقض س29 طعن رقم 826 ، ص136 ، الإثبات الجنائي بالقرائن لعبد الحافظ عابد ، المرجع السابق ، ص716 . ونقض 1978/2/6م أحكام النقض س29 ق25 ص36 ، الإجراءات الجنائية لمحمد زكي أبو عامر، المرجع السابق ، ص959 . وكتابه الإثبات في المواد الجنائية ، المرجع السابق ، ص205 . ونقض 15 يونيو 1964س15 ق رقم 98 ص493 ، النظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص761 .

([455]) النمر ، أبي العلا علي أبي العلا ، الإثبات الجنائي ، دارسة تحليلية لتحديد موطن القوة والضعف في الدليل الجنائي (القاهرة ، دار النهضة العربية ، ط2) ، ص9 . وأنظر مبادئ الإجراءات الجنائية لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص455 .

الغراء بتنظيم أحكام الشهادة وأحاطتها بضمانات متعددة زخرت بها التشريعات الإجرائية المختلفة بغية البعد بها عن كل ما يحتمل التأثير عليها(456).

والشروط الواجب توافرها في الشهادة وفي الشاهد في القانون الوضعي هي :

أولاً الشروط الواجب توفرها في الشاهد هي :

1 – أن يكون الشاهد مميزاً مختاراً

التمييز هو القدرة على فهم ماهية الفعل وطبيعة وتوقع الآثار التي من شأنه إحداثها وهذه القدرة تنصرف إلى ماديات الفعل فتتعلق بكيانه وعناصره وخصائصه ، وتتصرف كذلك إلى آثاره من حيث ما تنطوي عليه من خطورة على المصلحة أو الحق الذي يحميه القانون وما تنذر به من اعتداء عليه(457).

وقد نصت المادة 82 من قانون الإثبات المصري على أنه (لا يجوز رد الشاهد ولو كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلا أن يكون غير قادر على التمييز بسبب هرم ، أو حداثة أو مرض أو لأي سبب آخر) .

إلا أن المادة 285 من قانون الإجراءات الجنائية المصري نصت على أنه (لا يجوز رد الشهود لأي سبب من الأسباب)

إلا أنه في هذه الحالة وطبقاً لنص المادة 287 من قانون الإجراءات الجنائية فإن المعول عليه أمام المحكمة الجنائية هو نص المادة 85 من قانون الإثبات(458).

وتطبيقاً لذلك فإنه إذا كان الشاهد حدثاً صغيراً لا يميز لا تقبل شهادته لأنه لا يميز قول الحقيقة فضلاً عن أدائها على صفتها القضائية .

وتطبيقاً لمبدأ الاقتناع الذاتي نجد قبول شهادة الصغير على سبيل الاستدلال فيستفيد من ذلك القاضي الجنائي ليكون اقتناعه الذاتي . وقد حدد قانون الإجراءات الجنائية المصري سن الرابعة عشرة لكي يستطيع الشهادة ويقسم اليمين قبل الإدلاء بها . فقد نصت المادة 283 على أنه (يجب على الشهود الذين بلغت سنهم أربع عشرة سنة أن يحلفوا يميناً قبل أداء الشهادة على أنهم يشهدون بالحق ، ولا يقولون إلا الحق ، ويجوز سماع الشهود الذين لم يبلغوا أربع عشرة سنة كاملة بدون يمين على سبيل الاستدلال) .

في حين أن المادة 64 من قانون الإثبات نصت على أنه (لا يكون أهلاً للشهادة من لم تبلغ سنه خمسة عشر عاماً) .

فبينما حدد قانون الإجراءات الجنائية السن أربع عشرة سنة نجد أن قانون الإثبات حدده بخمس عشرة سنة(459).

---

(456) النظرية العامة للإثبات لهلالي عبد الإله أحمد ، المرجع السابق ، ص753 .

(457) حسني ، محمود نجيب ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، (القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1977م) بند 563 والنظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص791 والإثبات الجنائي لأبو العلا علي ، المرجع السابق ، ص29 .

(458) البرشاوي ، شهادة هابيل ، الشهادة الزور من الناحيتين القانونية والعملية ، (رسالة دكتوراة ، دار الفكر العربي، 1983م) ص486 . النظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص791 .

(459) النظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص793 .

ونستنتج من هذه المفارقات في تحديد السن بين قانون الإثبات وقانون الإجراءات الجنائية أن المشرع المصري لم يغفل عن ذلك وإنما أعطى القاضي الجنائي حرية كاملة ليقدر اقتناعه من خلال الأدلة المقدمة أمامه في الدعوى ويقدر بخبرته قيمة كل دليل لأن بقدرته معرفة السن للشاهد أمامه عن طريق الخبرات الطبية ، فيتحدد هل يحق له الإدلاء بالشهادة أم يستفيد من هذه الشهادة كقرينة يعضد بها أدلة أخرى وبإعطائه للقاضي الجنائي هذه الحرية الواسعة لم يعطي اهتماماً بتوحيد السن القانونية للشهادة .

وفي إيطاليا أجاز المشرع شهادة الصغار الذين يبلغون سن أربع عشرة سنة بعد حلف اليمين[460].

أما في فرنسا فقد نصت المادة 335 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي على أنه (لا يجوز سماع أقوال الصغار دون سن السادسة عشر ولو حلفوا اليمين إلا على سبيل الاستدلال) .

ويدل ذلك على أن السن القانوني المحدد من المشرع الفرنسي هو سن السادسة عشر لكي يحق له الشهادة ، أما أقل من ذلك فلا يعول عليه حتى وإن حلف الصغير (ما دون السادسة عشر) اليمين وإنما قد يأخذ به القاضي على سبيل الاستدلال ، أو يقوي دليلاً آخر .

وكذلك الهرم وهو السن الذي لا يستطيع الشخص به الإدراك والتمييز وهو المرحلة المتقدمة من العمر أو ما يسميه البعض مرحلة الشيخوخة فحسب نص المادة 82 السابقة من قانون الإثبات المصري لا يعول على شهادته ويجوز للقاضي الجنائي رده .

وكذلك المرض والمقصود به الخاص بالعاهة العقلية وليس المرض الذي لا يفقد معه العقل ، ومعلوم أن المريض عقلاً لا يستطيع أو ليس لديه القدرة على التمييز والإدراك ولذا لا يعول على شهادته ويجوز للقاضي رده .

ويكفي القاضي الجنائي التحقق من ذلك أنه بصدد حالة غير سوية زال فيها التمييز أو حرية الاختيار ولو لم يكن مرضاً فلا يعول على شهادته[461].

وإذا كان تقدير حالة الشاهد العقلية من المسائل الموضوعية التي يختص بها قاضي الموضوع ، إلا أنه ينبغي أن يكون المرجع في تحديد مثل هذه الأمراض وبيان أنواعها إلى الطبيب المختص ، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بقولها (من المقرر أن تقدير حالة المتهم العقلية وإن كان في الأصل من المسائل الموضوعية التي تختص محكمة الموضوع بالفصل فيها ، إلا أنه يتعين ليكون قضائها سليماً أن تعين خبيراً للبت في هذه الحالة وجوداً وعدماً)[462].

وكذلك فإن عبارة (أو لأي سبب آخر) من نص المادة 82 من قانون الإثبات المصري إنما يقصد به أن يكون الشاهد في غيبوبة سواء بسكر أو غيره أو يكون

([460]) النظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص794 .

([461]) شرح قانون العقوبات لمحمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص548 .

([462]) نقض 22 مايو سنة 1977م مجموعة أحكام النقض ، س28 رقم 138 ، ص642 . النظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص796 .

الشاهد مكرهاً سواء كان الإكراه مادي أو معنوي وعلى ذلك لا يجوز للقاضي الجنائي التعويل على شهادة الشاهد وهو في حالة من الغيبوبة أو التعويل على شهادة الشاهد تحت وطأة الإكراه .

فتنص معظم التشريعات على تحريم العنف كوسيلة للحصول على الشهادة، وتبطل الأقوال التي تصدر عن الشاهد إثر هذا الإكراه[463].

2 – ألا يكون للشاهد صفة في تكوين هيئة المحكمة أو مساعدتها فمن القواعد التي تبنى عليها العدالة وتتحقق نتائجها بمقتضاها رعاية الحيدة المطلقة ، وذلك بتجنب أي شبهة حتى ولو كانت احتمالية وتؤدي إلى الإخلال بهذا الهدف[464].

لذلك يجب ألا يكون للشاهد أي صفة في هيئة المحكمة أو أن يقوم بمساعدة المحكمة في أداء مهمتها ، وقد طبقت المادة 407 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي ذلك بأن منعت القضاة وسكرتيري التحقيق وأعضاء النيابة العامة من الإدلاء بشهاداتهم وعلى من دعي منهم التنحي[465].

3 – يجب على الشاهد أن يحلف اليمين القانونية قبل أداء الشهادة .

وذلك لأن اليمين تضفي على الشهادة الثقة التي يتعين توافرها لها كي تكون دليلاً يستمد منه القاضي اقتناعه .

وصيغة اليمين تختلف باختلاف النظم الإجرائية المختلفة ففي مصر استقر القضاء على أن تكون صيغة اليمين هي (أقسم بالله العظيم أن أقول الحق ، وألا أقول شيئاً غير الحق)[466].

وذكر بعضهم إضافة عبارة (ويقول كل الحق)[467].

وفي فرنسا حدد المشرع صفة اليمين في المادة 331 من قانون الإجراءات الفرنسي حيث نصت على (ويؤدي الشهود القسم بدون إكراه وبدون خوف بقول كل الحقيقة ولا شيء غير الحقيقة).

واستقرت أحكام المحاكم الفرنسية على الحكم ببطلان الشهادة إذا حلف الشاهد بعبارة (أن يقول الحق) بدلاً من عبارة (كل الحق) لأنه قد يخفي جزءاً من الحقيقة ، أو إذا حلف بعبارة (كل الحق) ولم يقل عبارة (ولا شيء غير الحق) لأنه قد يقول الحقيقة ولكنه يضيف إليها شيئاً غير حقيقي ، وعلى ذلك جاء في المواد 103 ، 446 ، 536 ، من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي في صيغة اليمين للشاهد (يقول الشاهد كل الحق ولا شيء غير الحق) .

وإذا رفض الشاهد أداء اليمين بهذه الصيغة يعاقب بموجب المادة 109 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسية[468]

([463])النظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص799 .

([464]) الإثبات الجنائي لأبي العلا علي ، المرجع السابق ، ص48 .

([465]) النظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص801 .

([466]) نقض 16 مايو سنة 1908م ، المجموعة الرسمية س10 ، ص41 . النظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق، ص803 .

([467]) نشأة ، أحمد ، رسالة الإثبات (القاهرة ، دار الفكر العربي ، طبعة مطابع المدني ، 1973م) ، ص544 .

([468]) النظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص804 ـ 805 .

ثانياً : الشروط الواجب توفرها في الشهادة ذاتها وهي :

1 – شفوية سماع الشهادة :

يجب على المحكمة أن تسمع بنفسها وأن تناقش شفوياً الشهود ، وتمكن سائر الخصوم من مناقشتهم فالأصل أنه لا يجوز الاكتفاء بالشهادة المدونة في المحضر ، بل يجب على المحكمة أن تسمع هذه الشهادة بنفسها لكي تقدر تمام التقدير مدى صحتها وصدقها(469).

وقررت المحاكم الفرنسية أن القانون لم يحتم عليها أن تكون اقتناعها إلا من الإجراءات التي تحصل أمامها في الجلسة ولم يمنعها من أن تستند أيضاً إلى التحقيقات الابتدائية وخصوصاً شهادة الشك المدونة بها شرط أن يطلع عليها الخصوم ويناقشوها سواء توفر الشهود أو امتنعوا عن الحضور بسبب قانوني أو لم يحصل إعلانهم أو أعلنوا ولكنهم لم يحضروا الجلسة(470).

2 – وجوب تأدية الشهادة في مواجهة الخصوم :

القاعدة العامة المقررة في النظم الإجرائية المختلفة هي ضرورة تأدية الشهادة في مواجهة الخصوم ، إذ أن كل خصم في الدعوى له الحق في سؤال الشاهد ومناقشته حيث نصت المادة 269 من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه (يجب حضور أحد أعضاء النيابة العامة جلسات المحاكم الجنائية ، وعليها أن تسمع أقواله وتفصل فيها)(471).

(469) النظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص808 .

(470) النظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص812 .

(471) النظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص813 .

3 – علانية الشهادة[472]:

حيث تنص المادة 268 من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه (يجب أن تكون الجلسة علنية ويجوز للمحكمة مع ذلك مراعاة النظام العام أو المحافظة على الآداب ، أن تأمر بسماع الدعوى كلها أو بعضها في جلسة سرية أو تمنع فئات معينة من الحضور فيها) .

ويترتب على علانية جلسة المحاكمة علانية الشهادة ، ولذلك تبث الطمأنينة في المتهم والخصوم والجمهور ، ويشعر الجميع بعدم وجود وجه للانحراف بالنسبة لسير إجراءات الدعوى أو التأثير على الشهود .

حجية الشهادة :

خول المشرع في القوانين الوضعية القاضي الجنائي سلطة واسعة وحرية كاملة في تقدير الأدلة القائمة في الدعوى وذلك عندما اعتنق مبدأ حرية القاضي في تكوين عقيدته[473] فقد قضت محكمة النقض[474] المصرية بأن (أساس الأحكام الجنائية إنما هو حرية قاضي الموضوع في تقدير الأدلة القائمة في الدعوى ، ولا يصح مطالبته بالأخذ بدليل معين إلا إذا قيده القانون بذلك ، فما دام يبين من حكمه أنه لم يقض بالبراءة إلا بعد أن ألم بتلك الأدلة ووزنها ، فلم يقتنع وجدانه بصحتها ، فلا يجوز مصادرته في اعتقاده ولا المجادلة في حكمه أمام محكمة النقض) .

وقضت كذلك بأن (وزن أقوال الشاهد ، وتقدير الظرف الذي يؤدي فيه شهادته وتعويل القضاء على قوله مهما وجه إليه من مطاعن وحام حوله من الشبهات ، كل هذا مرجعه إلى محكمة الموضوع ، تنزله المنزلة التي تراها ، وتقدره التقدير الذي تطمئن إليه دون رقابة من محكمة النقض)[475].

كما أن للمحكمة أن تقضي بكذب الشهادة وأن تأخذ بشهادة شاهد وتطرح شهادة الآخرين كما لها أن تأخذ بشهادة الشاهد في التحقيق الابتدائي دون شهادته أمام المحكمة ، ولها أن تأخذ بأقوال الشاهد ولو كانت مخالفة لأقوال شاهد آخر ، ولها أن تأخذ بالأقوال التي ينقلها شخص عن آخر ولو أنكرها هذا الأخير ، متى رأت أن تلك الأقوال قد صدرت منه حقيقة ، كما يجوز للمحكمة أن تستند في حكمها على أقوال أحد المتهمين على المتهمين الآخرين ، وتحكم بإدانتهم استناداً على هذه الأقوال متى اطمأنت إليها[476].

([472]) الإثبات الجنائي لأبو العلاء علي ، المرجع السابق ، ص59 .

([473]) الإثبات الجنائي لأبو العلا علي ، المرجع السابق ، ص69 .

([474]) نقض 8 يونيه 1953 ، مجموعة أحكام النقض ، س3 رقم 341 ، ص948 . ونقض 23 أكتوبر 1960م ، مجموعة أحكام الـ نقض ، س13 رقم 166 ، ص672 . الإثبات الجنائي لأبو العلا علي ، المرجع السابق ، ص69 .

([475]) نقض 3 فبراير 1964م ، مجموعة أحكام النقض ، س15 رقم 23 ، ص110 الإثبات الجنائي لأبو العلا علي ، المرجع السابق ، ص70 .

([476]) نقض 20 أكتوبر سنة 1947م المحاماة س28 رقم 313 ، ص901 .
نقض 1980/2/25م مجموعة أحكام النقض س49 ق رقم 54 ، ص278 .
نقض 1980/10/8م مجموعة أحكام النقض س50 ق رقم 164 ، ص851 .
نقض أول مارس سنة 1943م مجموعة القواعد القانونية ج6 رقم 126 ، ص186 .

وفي القانون الإنجليزي للمحكمة سلطة تقدير الشهادة ، فلها أن تعتمد على شهادة واحد ، فالقاعدة هي أن الدلالة المستمدة من شهادة شاهد إذا ما اقتنعت بها المحكمة تكفي لإثبات واقعة أو وقائع تتعلق مباشرة بالنزاع وهنا لا يكون ثمة داع لمزيد من الدلائل المعاونة أو المساعدة للتدليل على هذه الوقائع .

وفي القانون السوفيتي فإنه إذا قرر الشاهد على سبيل المثال أنه كان متواجداً وقت ارتكاب المتهم للجريمة ، فإن هذه الشهادة لا تكون لها القوة الدامغة ، إلا إذا أقام الشاهد وصف الأفعال التي أتى بها المتهم لتجعله متهماً(477).

الفرع الثاني : الإقرار

وحيث سبق التعريف اللغوي والشرعي لذلك سوف نكتفي هنا بالتعريف القانوني .

التعريف القانوني للإقرار (الاعتراف) :

هو إقرار المتهم على نفسه بصحة ارتكابه للتهمة المسندة إليه(478).

وقيل هو قول صادر عن المتهم يقر فيه بصحة نسبة التهمة إليه فهو إقرار من المتهم بارتكابه الفعل المسند إليه(479).

وقيل هو إقرار المتهم على نفسه ، في مجلس القضاء ، إقراراً صادراً عن إرادة حرة بصحة التهمة المسندة إليه(480).

والاعتراف في المفهوم القانوني هو ما يصدر عن المتهم من أقوال تؤكد نسبة الفعل الجرمي إليه سواء تعلق به بصورة مطلقة أو جزئياً(481).

وللإقرار أهمية كبيرة كطريق من طرق الإثبات في القانون الوضعي بل أن بعضهم أشار إلى أن الإقرار هو أقوى الأدلة على الإطلاق وأشار بعضهم إلى أنه سيد الأدلة من غير جدال .

فقيل في هذا الجانب أن الإقرار سيد الأدلة وأقواها تأثيراً في نفس القاضي وادعاها إلى اتجاهه نحو الإدانة(482).

وقيل أنه متى اطمأنت المحكمة إلى صدقه فهو من غير جدال سيد الأدلة في التطبيق القضائي(483).

نقض 1980/12/3م مجموعة أحكام النقض س50 ق رقم 204 ، ص1059 .

نقض 1980/6/15م مجموعة أحكام النقض س50 ق رقم 149 ، ص770 .

النظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص816 ـ 817 ـ 818 .

(477) النظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص820 وما بعدها .

(478) مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص696 .

(479) رسلان ، علي ، نظام إثبات الدعوى وأدلته في الفقه الإسلامي والقانون (الإسكندرية ، دار الدعوة للطبع والنشر والتوزيع، ط1 ، 1417هـ ـ 1996م) ، ص166 .

(480) الإجراءات الجنائية لأبو عامر ، المرجع السابق، ص946 ، وكتابه، الإثبات في المواد الجنائية ، المرجع السابق، ص193.

(481) نظرية الاقتناع الذاتي لمفيدة سويدان ، المرجع السابق ، ص237 .

(482) مبادئ الإجراءات الجنائية لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص696 .

ولكن البعض يرى أن الإقرار ليس كذلك فقيل أنه بحد ذاته لا يعتبر دليلاً للإثبات وإنما هو وسيلة تحسم موضوع النزاع وتعفي من إثبات الواقعة ، فليس له في الوقت الحاضر القوة الإلزامية كما كان في السابق عندما كان سيد الأدلة[484].

وقيل كذلك أنه لم يعد الاعتراف سيد الأدلة كما كان سائداً إذ يشترط أن يطابق الحقيقة ، فهو كغيره من وسائل الإثبات الأخرى متروك للتقدير الحر من جانب قاضي الموضوع[485].

ورأينا في ذلك أن الإقرار ليس سيد الأدلة على إطلاقه وإنما تكون له السيادة إذا اكتملت شروط صحته ، ومهما كان الإقرار لا ينبغي للقاضي أن يأخذ به ويعتبره أقوى الأدلة ويترك غيره من الأدلة بل يجب عليه أن يقتنع بأن هذا الإقرار ينصب على العناصر المكونة للواقعة وأن يطابق الحقيقة وأن يقصد به المقر قول الحق ، ولا يقصد به شيء آخر كالتستر على متهم غيره كأب أو ابن أو زوجة أو يريد أن ينقذ نفسه بهذا الإقرار من تهمة في جريمة أخرى أكبر منها ، فكل ذلك يجب ألا يفوت على القاضي الجنائي ، فعليه أن يكون اقتناعه الذاتي ليتيقن من هذا الإقرار وبأنه يدين المقر من خلال وزنه للأدلة الأخرى المقدمة في الدعوى وتقديرها وهل تساند الإقرار وتقف بجانبه أم على العكس من ذلك ، فإذا تكون لدى القاضي الجنائي الاقتناع الذاتي اليقيني بإدانة المتهم حكم بذلك ، وربما يقتنع القاضي الجنائي بقوة الأدلة الأخرى المقدمة في الدعوى وبأنها هي المطابقة للحقيقة الفعلية وليس الإقرار فيحكم بما يملي عليه اقتناعه .

شروط صحة الإقرار :

وكما ذكرنا الشروط لصحة الإقرار في الشريعة الإسلامية فكذلك أخذ منها القانون الوضعي الشروط التالية :

1 ـ أن يكون من المتهم نفسه .

2 ـ أن يكون الإقرار صريحاً لا غموض فيه فلا يستنتج الإقرار من هرب المتهم أو تغيبه أو تصالحه مع المجني عليه على تعويض معين[486].

3 ـ كما ينبغي أن ينصب على نفس الواقعة الإجرامية .

4 ـ أن يكون الإقرار في مجلس القضاء فهذا الإقرار هو الذي يعطي للمحكمة الرخصة في الاكتفاء بإقراره والحكم عليه بغير سماع الشهود ، فيجب احترام نص المادة 302 من قانون الإجراءات المصري بأنه (لا يجوز للقاضي أن يبني حكمه على أي دليل لم يطرح أمامه في الجلسة)[487].

([483]) الإجراءات الجنائية لأبو عامر ، المرجع السابق ، ص 946 ، وكتابه الإثبات في المواد الجنائية، المرجع السابق، ص193 .

([484]) نظرية الاقتناع الذاتي لمفيدة سويدان ، المرجع السابق ، ص237 .

([485]) الإثبات الجنائي بالقرائن لعبد الحافظ عابد ، المرجع السابق ، ص 218 .

([486]) مبادئ الإجراءات الجنائية لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص697 .

([487]) الإجراءات الجنائية لأبو عامر ، المرجع السابق ، ص948 ، وكتابه الإثبات في المواد الجنائية، المرجع السابق ، ص195 .

5 ـ أن يصدر الإقرار من المتهم الذي يتمتع بالتمييز فلا يعتد بإقرار المجنون حتى ولو كان في وقت الجريمة متمتعاً بقواه العقلية[488].

فيشترط لصحة اعتراف المتهم والأخذ به كدليل في الإثبات أن يصدر من إرادة حرة واعية فلا يجوز الاستناد إلى الاعتراف الذي يصدر من المتهم في حالة فقدان الإرادة، كما لو كان تحت تأثير التنويم المغناطيسي أو تحت تأثير مخدر أو عقار سَلَبَ إرادته ولابد في إرادة المعترف ألا يقع عليها أي ضغط من الضغوط التي تعيبها كإكراه أو تعذيب أو تهديد . فالاعتراف لابد وأن يكون اختيارياً صادراً عن إرادة حرة[489].

وقد نصت المادة 302 من الإجراءات المصري معدلة بالقانون 37 لسنة 1972م على أن (كل قوم يثبت أنه صدر من المتهمين أو الشهود تحت وطأة الإكراه أو التهديد به يهدر ، ولا يعول عليه)[490].

6 ـ إذا كان الاعتراف قد جاء نتيجة استجواب في مجلس القضاء فينبغي أن يكون الاستجواب قد جرى صحيحاً برضا المتهم ومحاميه معاً[491].

ولذلك جاء في المادة 271 من قانون الإجراءات الجنائية المصري بأن (يسأل المتهم عما إذا كان معترفاً بارتكاب الفعل المسند إليه ، فإن اعترف جاز للمحكمة الاكتفاء باعترافه ، والحكم عليه بغير سماع الشهود) .

والاعتراف كغيره من أدلة الإثبات يخضع لتقدير المحكمة التي تبحث مدى توافر شروط صحته كما أن لها السلطة في تقدير قيمة هذا الاعتراف متى كان متسقاً مع ماديات الواقعة المعترف بها[492].

ومع ذلك نجد أن المادة 274 من قانون الإجراءات المصري نصت على أنه (لا يجوز استجواب المتهم إلا إذا قبل ذلك) .

7 ـ ويجب أن يصدر الاعتراف في ظل إجراءات صحيحة ، فالاعتراف الذي يكون بناءً على إجراء باطل فهو باطلاً ولا يجوز الاستناد إليه ، ومثال ذلك أن يصدر الاعتراف نتيجة لاستجواب باطل أو بناءً على تفتيش باطل[493].

والاعتراف الصادر أثناء الاستجواب لا يعتبر نهائياً بل يبقى للمتهم الحق في الرجوع عنه ، ومعظم التشريعات تتيح للمتهم التراجع عنه حتى بعد صدوره[494].

تقدير الإقرار (الاعتراف) :

إذا لم يستكمل الاعتراف كل شروط صحته على النحو السابق ، فعلى القاضي أن يطرحه ، فإن لم يفعل بطل الحكم الذي استند على هذا الاعتراف ، لأنه استند على

---

(488) مبادئ الإجراءات الجنائية لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص697 .

(489) نظام إثبات الدعوى لعلي رسلان ، المرجع السابق ، ص166 .

(490) مبادئ الإجراءات الجنائية لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص698 .

(491) مبادئ الإجراءات الجنائية لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص700 .

(492) نظام إثبات الدعوى لعلي رسلان ، المرجع السابق ، ص167 .

(493) نظام إثبات الدعوى لعلي رسلان ، المرجع السابق ، ص167 .

(494) نظرية الاقتناع الذاتي لمفيدة سويدان ، المرجع السابق ، ص243 .

دليل باطل ، أما إذا استكمل الاعتراف عناصر صحته كان على القاضي أن يأخذ به ، لأن القاضي لا يكون حراً في إطراح دليل متى كان مستوفياً لعناصر صحته موجباً للطمأنينة إليه ، لأن الأدلة في المواد الجنائية متساندة يكمل بعضها بعضاً وتكون المحكمة عقيدتها منها مجتمعة[495].

ويستبين للقاضي قيمة الاعتراف من المطابقة بينه وبين باقي الأدلة الأخرى ، فإذا وجدها لا تعززه كان له أن يسقط الاعتراف من ميزان حسابه[496].

وقد جرى القضاء المصري في مبدأ الأمر - جرياً وراء مسلك القضاء الفرنسي - على أن الاعتراف لا يتجزأ ، فإما أن يأخذ به القاضي كله أو ينبذه كله . وكان سند القضاء في ذلك القاعدة المانعة من تجزئة الإقرار في المسائل المدنية ، فهي أولى بالاتباع في المسائل الجنائية[497].

ومع ذلك فقد استقر القضاء الآن على أن الاعتراف تصح تجزئته ، حيث قضت محكمة النقض المصرية (إن عدم تجزئه الاعتراف لا محل للقول به في المواد الجنائية حيث لا يفترض على القاضي أن يتبع قواعد الإثبات المدني إنما يكون عقيدته من أي دليل أو قرينة تقدم إليه مما مقتضاه أن يكون له كامل السلطة في تقدير أقوال المتهم لأخذ ما يراه صحيحاً منها)[498].

فللقاضي أن يجزئ اعتراف المتهم ، فلا تسري هنا قاعدة عدم جواز تجزئه الإقرار في المدني بل لـه أن يأخذ بما يراه صحيحاً منه ، والعدول عن المدلول الظاهر لهذه الأقوال إلى ما يراه المدلول الحقيقي المقبول عقلاً أو المتفق مع وقائع الدعوى وظروفها .

فالاعتراف في المسائل الجنائية ليس في النهاية أكثر من عنصر من عناصر الاستدلال التي تملك محكمة الموضوع كامل الحرية في تقدير صحتها وقيمتها في الإثبات[499].

ويختلف الوضع في القانون الأنجلو أمريكي حيث يأخذ بعدم تجزئة الاعتراف لأنه لا يعرف التفرقة بين الدعوى الجنائية والدعوى المدنية لاعتبار الجرائم الجنائية نوع من الجرائم المدنية ، ويميز الجرائم الجنائية أن المحاكم تجد أن التعويض المدني

([495]) نظم الإجراءات الجنائية لجلال ثروت ، المرجع السابق ، ص518 . وأنظر الإجراءات الجنائية لأبو عامر ، المرجـع السـابق، ص952 ، وكتابه الإثبات في المواد الجنائية ، المرجع السابق ، ص198 .

([496]) مبادئ الإجراءات الجنائية لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص700 .

([497]) نظم الإجراءات الجنائية لجلال ثروت ، المرجع السابق ، ص518 .

([498]) نقض 3 مايو سنة 1943م مجموعة القواعد ، ج6 رقم 173 ، ص241 ونقض 19 مارس 1978م مجموعة أحكام النقض، س29 رقم 56 ، ص295 . نظم الإجراءات الجنائية لجلال ثروت ، المرجع السابق ، ص519 ، والإثبات بين الازدواج والوحدة في الجنـائي والمـدني في السودان لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص99 ، حاشية رقم 1 .

([499]) نقض 1955/12/19م أحكام النقض ، س6 رقم 437 ، ص1482 . ونقض 1966/12/5م أحكام النقض س17 رقـم 220، ص1190 ونقض 1943/5/3م القواعد القانونية ، ج6 رقم 172، ص241 ونقض 1954/1/12م أحكـام الـنقض ،س5 رقـم 84، ص253 ونقض 1954/2/23م أحكام النقض رقم 123 ، ص372 ونقض 1955/1/29م أحكام النقض س6 رقم 158 ، ص476 . مبادئ الإجراءات الجنائية لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص701 .

فيها غير كاف وغير عادل لذلك كانت تفرض لها عقاباً ، ثم بعد ذلك أصبحت الجرائم الجنائية مستقلة عن الجرائم المدنية باعتبارها تتضمن انتهاكاً لأمن الملك[500].

والقانون الإنجليزي يأخذ بالاعتراف مستقلاً كدليل للإدانة ولا يتطلب أن تسانده أدلة أخرى حتى ولو جرى الاعتراف في مرحلة التحري ، بشرط أن يتعلق بجريمة خطيرة من الجرائم التي يحاكم عنها أمام محكمة كبرى أو صغرى .

والقاعدة في القانونين الإنجليزي والأمريكي أن اعتراف المتهم لا يقبل إذا صدر قبل المحاكمة كدليل ضده إلا إذا صدر وثبت صدوره عن إرادة واختيار ، ويعتبر صادراً عن حرية واختيار إذا كان في ظل ظروف تثبت تحرر عقله من الإكراه ، أو وعيد أو إغراء[501].

وينص قانون الإجراءات الجنائية البلغاري الصادر في 5 فبراير عام 1952م والمعدل بالقانون الصادر في 9 نوفمبر عام 1956م على أن (اعتراف المتهم لا يعفي السلطات المختصة من الالتزام بجميع أدلة الإدانة الأخرى)[502].

وينص قانون الإجراءات الجنائية لجمهورية شيلي في المادة 340 على أنه (إذا اعترف المتهم أمام القاضي بأنه ساهم في الجريمة فإن هذا لا يعفي القاضي من التحقيق للتأكد من صدق هذا الاعتراف)[503].

وينص قانون الإجراءات الجنائية اليوغسلافي عام 1953م المعدل بالقانون الصادر في 11 مايو عام 1967 في المادة 208 على (وجوب جمع أدلة إضافية إلى جانب الاعتراف لمساندته) كما تنص المادة 296 من نفس القانون وهي واردة بصدد المحاكمة على أن (اعتراف المتهم الذي يدلي به أثناء المحاكمة لا يعفي المحكمة من التزامها بالحصول على أدلة أخرى)[504].

([500]) الإثبات بين الازدواج والوحدة لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص95 ، حاشية رقم1 .

([501]) نظرية الاقتناع الذاتي لمفيدة سويدان ، المرجع السابق ، ص248 .

([502])(3)(4) الإثبات بين الازدواج والوحدة لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص102 ـ 103. حاشية رقم3 .

المبحث الثاني

المصادر غير المباشرة للاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي

وهذه المصادر هي الأدلة غير المتفق عليها لإثبات الدعوى الجنائية ، وسوف نتناول هذه المصادر غير المباشرة في مطلبين فنتناول المصادر غير المباشرة في الشريعة الإسلامية في المطلب الأول . والمصادر غير المباشرة في القانون الوضعي في المطلب الثاني .

المطلب الأول : المصادر غير المباشرة في الشريعة الإسلامية :

وسوف نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع هي :

الفرع الأول : اليمين .

الفرع الثاني : قضاء القاضي بعلمه .

الفرع الثالث : القرائن .

الفرع الأول : اليمين :

تعريف اليمين في اللغة :

هي القوة قال تعالى : ((قَالُوا إِنَّكُمْ كُنْتُمْ تَأْتُونَنَا عَنِ الْيَمِينِ))[505]. أي تخدعوننا بأقوى الأسباب ، أو من فعل قِبَلْ الشهوةِ ، لأن اليمين موضع الكَبِدْ ، والكَبِدْ مظنة الشهوة والإرادة ، واليمين القسم والجمع أيمن وأيمان . قيل إنما سميت بذلك لأنهم كانوا إذا تحالفوا ضرب كل امرئ منهم يمينه على يمين صاحبه ، وهي يمين الإنسان وغيره أي اليد اليمين . وأيمُنُ الله اسم وضع للقسم هكذا بضم الميم والنون ، يقول يمين الله لا أفعل واستيمنه أي استحلفه[506].

تعريف اليمين في الاصطلاح :

عرفت اليمين عند الأحناف بأنها عقد قوى به عزم الحالف على فعل شيء أو تركه[507].

وعرفت عند المالكية بأنها تحقيق ما لم يجب بذكر اسم الله أو صفته[508].

وعرفت عند الشافعية بأنها تقوية ما عزم عليه من تحصيل فعل أو امتناع عنه بذكر الله تعالى سواء كان ماضياً أو مستقبلاً صادقاً كان أو كاذباً[509].

---

(505) سورة الصافات ، آية 23 .

(506) مختار الصحاح للرازي ، المرجع السابق ، ص744 ـ 754 والقاموس المحيط للفيروز آبادي ، المرجع السابق ، ص1601 ـ 1602 . وكتاب التعريفات لعلي بن محمد بن علي الجرجاني (تحقيق إبراهيم الأبياري ، بيروت ، دار الكتاب العربي، ط4 ، 1418هـ ـ ـ 1998م) ص332 والمصباح المنير لأحمد بن محمد بن علي الفيومي ، (تحقيق يوسف الشيخ محمد ، بيروت ، المكتبة العصرية ، بدون سنة نشر) ص351 والمفردات في غريب القرآن لأبي القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني (تحقيق محمد سيد كيلاني، بيروت، طبعة دار المعرفة ، بدون تاريخ نشر) ص552 ـ 553 . وأساس البلاغة لجار الله أبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري (طبعة دار الفكر ، 1409هـ ـ ـ 1989م) ص714 .

(507) تبيين الحقائق شرح كـ الدقائق لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي (بيروت طبعة دار المعرفة ، بدون تاريخ نشر) ج3 ، ص107 .

(508) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير لمحمد بن أحمد عرفه الدسوقي (بيروت ، طبعة دار الفكر ، بدون. تـاريخ نشـر) ج2 ، ص112 .

وعرفـت عنـد الحنابلـة بأنهـا توكيـد حكـم ، بـذكر معظـم ، علـى وجـه مخصوص[510].

وقيل هي تقوية أحد طرفي الخبر بذكر الله تعالى[511].

أدلة حجية اليمين :

أ ـ من القرآن الكريم :

قوله تعالى :((لا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ)) [512].

وقوله تعالى ((وَلا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا)) [513].

وقوله تعالى ((وَلا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ أَنْ تَبَرُّوا وَتَتَّقُوا)) [514].

وقوله تعالى ((إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَناً قَلِيلاً أُولَئِكَ لا خَلاقَ لَهُمْ)) [515].

---

(509) كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم الشافعي ، المرجع السابق ، ص 178 .

(510) منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات للإمام تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي (تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي ، بيروت ، مؤسسة الرسالة، ط1 ، 1419هـ ـ 1999م) ج5 ، ص209 .

(511) التعريفات للجرجاني ، المرجع السابق ، ص332 .

(512) سورة المائدة ، آية : 89 .

(513) سورة النحل ، آية 91 .

(514) سورة البقرة ، آية : 224 .

(515) سورة آل عمران : آية : 77 .

ب ـ من السنة النبوية :

عن ابن عباس رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه)[516].

وعن محمد بن عبيد الله عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في خطبته (البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه)[517].

وما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضي بيمين وشاهد[518].

وأجمع الفقهاء على أن اليمين حجة شرعية تبطل بها الدعوى عن المدعى عليه إذا لم يكن للمدعي بينة وطلبها القاضي من المدعى عليه فإن أداها لزم القاضي تبرئته ، كما اتفقوا على أن اليمين المشروعة هي اليمين بالله ، وتشرع في حق كل مدعى عليه ، سواء كان مسلماً أو كافراً ، عدلاً أو فاسقاً ، امرأة أو رجلاً .

وقال الشافعي رحمه الله تعالى إن كان المدعي قصاصاً أو حداً أو مالاً يبلغ النصاب غلظت اليمين[519].

ونحن بصدد اليمين المغلظة أو الحاسمة وليست اليمين المتممة حيث تكون في الدعوى المدنية .

واليمين الحاسمة هي اليمين القضائية التي تؤدى في مجلس القضاء وكانت متصلة بالدعوى المتنازع عليها[520].

([516]) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، المرجع السابق ، ج8 ، باب وإني أعيذها بك وذريتها من الشيطان الرجيم ، حديث رقم 4552 ، ص61 وصحيح مسلم بشرح النووي ، المرجع السابق ، ج12 ، كتاب الأقضية ، باب اليمين على المدعى عليه ، حديث رقـم 1711 ، ص3 واللفظ لمسلم .

([517]) تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي ، المرجع السابق ، ج4 ، أبواب الأحكام ، باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه ، حديث رقم : 1356 ، ص475 ـ 476 .

([518]) صحيح مسلم بشرح النووي ، المرجع السابق ، ج12 ، كتاب الأقضية ، باب القضاء باليمين والشاهد ، حيث رقم 1712 ، ص5 وتحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي ، المرجع السابق ، ج4 ، أبواب الأحكام ، باب ما جاء في اليمين مع الشاهد ، حديث رقم 1358 ، ص476 برواية أبي هريرة ، واللفظ هنا لمسلم .

([519]) المغني لابن قدامة ، المرجع السابق ، ج9 ، ص226 وإثبات موجبات الحدود والقصاص والتعازير لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص165 .

([520]) فاليمين ثلاثة أنواع :

1- اليمين العادية : وهي التي يترجح فيها إذا لم توجد بينة على دعوى المدعي فيكون جانب المدعى عليه أولى باليمين لقوته بأصل براءة الذمـة مـن الحقوق والجسد من القصاص والتعازير فترجح أقوى الطرفين باستصحاب أصل البراءة فكانت اليمين من جهته .
2- أيمان القسامة وهي التي يترجح فيها جانب المدعي بلوث ظاهر أو نكول أو شاهد فكان أولى باليمين لقوة جانبه بوجود هذه القرينة .
3- أيمان اللعان الأربعة من جانب الزوج فتحل محل الشهود لإثبات الزنى فإن نكلت المرأة عن معارضة أيمان زوجها بأيما ا هي وجب عليها الحد ، وقررت الأيمان على الزوج أولاً ، وهو المدعي لأن المألوف ألا يشين الإنسان أهله، ففي إقدامه على ذلك قرينة تقوي جانبه مع أيمانه .

إثبات موجبات الحدود والقصاص والتعازير لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص158 .

وذكر بعضهم أن اليمين بالله ثلاثة أقسام :

واختلف الفقهاء هل يكون الحلف بلفظ الجلالة فقط أم لابد وأن يغلظ ؟ وذلك على قولين :

القول الأول : وقال به الحنفية والمالكية والشافعية بأنه يضاف إلى لفظ الجلالة بعض الصفات الإلهية فتجعل القسم أي الحلف مغلظاً ، فصفة تغليظ القسم عند الأحناف أن يقول (والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية)[521].

وصفته عند المالكية أن يقول (بالله الذي لا إله إلا هو) ولا يزاد على ذلك[522].

وصفته عند الشافعية أن يقول (والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة ، الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية)[523].

وصفة اليمين في قانون الإثبات السوداني حسب ما جاءت به المادة 62 بأن يقول الحالف " أحلف بالله العظيم القوي الجبار العالم ببواطن الأمور القادر على أن يسخطني إذا كذبت " ويذكر اسم المسألة التي يراد الحلف عليها حسبما تحدّدها المحكمة أو يعرضها الخصم[524].

القول الثاني : وقال به الحنابلة[525] حيث يرون الاكتفاء بلفظ الجلالة وحجتهم في ذلك أن في لفظ الجلالة كفاية فوجب أن يكتفي باسمه في اليمين لقوله تعالى : ((وَأَقْسَمُوا بِاللَّهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ)) [526]. وقال بعضهم من أقسم بالله فقد أقسم جهد اليمين واستدلوا بقوله تعالى : ((تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنِ ارْتَبْتُمْ لا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَناً))[527].

ونرى في ذلك تفويض القاضي إن شاء غلظ اليمين على الحالف وإن شاء لم يغلظ، وترك ذلك لاقتناعه الذاتي وتقديره الشخصي فهو الذي يقدر حال المتهم . ومن المعلوم أن بعض الجناة يفيد فيه مجرد الوعظ والإرشاد والنصح ، وبعضهم لا يفيد فيه إلا الحبس أو الجلد ونحوه ، وهذه من الأمور التي من حق القاضي تقديرها فإذا اقتنع بخوف المتهم وخشيته من الله عز وجل إن حلف كاذباً فلا يغلظ عليه أما إذا

1- اليمين المنعقدة ، وهي عقد يقوى ا عزم الحالف على الفعل أو الترك ، وهي ليست محل دراستنا . واليمين على الحاضر والماضي ، وهي التي يتقوى ا جانب الصدق فيما يزعمه الحالف ، وهي محل دراستنا .

2- اليمين الغموس ، وهي التي تغمس صاحبها في النار ، وهي الحلف كذباً .

3- اليمين اللغو ، وهذه لا مؤاخذة فيها . قال تعالى (لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم) سورة المائدة ، آية 28 .

كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم الشافعي ، المرجع السابق ، ص178 ـ 179 .

(521) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ، المرجع السابق ، ج5 ، ص341 ، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام لعلي بن خليل الطرابلسي (مطبعة مصطفى البابلي الحلبي ، ط2 ، 1393هـ ـ 1973م) ص66ـ76 .

(522) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون ، المرجع السابق ، ج1 ، ص157 .

(523) الماوردي ، الإمام علي بن محمد بن حبيب ، الحاوي الكبير (بيروت ، دار الفكر ، ط1 ، 1414هـ ـ 1994م) ج 21 ، ص 137 ـ 138 . وروضة الطالبين للإمام أبي زكريا يحي بن شرف النووي (بيروت ، دار الكتب العلميـة ، ط1 ، 1412هـ ـ ـ 1992)ج8 ، ص309 ـ 310 والمغني لابن قدامة ، المرجع السابق ، ج14 ، ص222 .

(524) إثبات موجبات الحدود والقصاص والتعازير ، لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص160 .

(525) المغني لابن قدامة ، المرجع السابق ، ج14 ، ص223 .

(526) سورة النور ، الآية : 53 .

(527) سورة المائدة ، الآية : 106 .

رأى لا مبالاة أو اقتنع أن تغليظ الحلف مدعاة للشخص بأن لا يحلف كذباً فيغلظ عليه . والله تعالى أعلم .

ونحن بصدد الكلام عن اليمين يجب أن نتطرق إلى مسألتين هامتين هما القضاء بالنكول والقضاء بالشاهد واليمين فسوف نعرضهما بإيجاز مبيناً فيها موقف فقهاء الشريعة الإسلامية في ذلك .

أولاً : القضاء بالنكول :

اتفق الفقهاء على أن المدعي إذا أقام البينة على دعواه حكم لـه بها ، ولكن إذا لم تكن له بينة هل يحكم بنكول المدعى عليه أم لا ؟

اختلف الفقهاء في ذلك إلى ثلاثة أقوال :

القول الأول : أنه لا يقضي على المدعى عليه بمجرد نكوله بل ترد اليمين على المدعي وقال به عمر بن الخطاب وعلى بن أبي طالب وابن سيرين والشعبي والشافعية والمالكية وأحد الروايتين عن أحمد .

واستدلوا بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم الذي رد فيه اليمين على صاحب الحق مما يدل على عدم صحة اعتبار النكول طريقاً للقضاء[528].

ومن المعقول أن المدعى عليه إذا نكل عن اليمين ظهر صدق المدعي فتشرع اليمين في حقه كما شرعت في حق المدعى عليه قبل نكوله لترجح جانبه بالبراءة الأصلية[529].

القول الثاني : أنه يقضي على المدعى عليه إذا نكل ولا ترد اليمين إلى المدعي بالحق وقال به عثمان رضي الله عنه ، وقضى به شريح والحنفية وأحد الروايتين عن أحمد .

واستدلوا بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه)[530].

وحكم عثمان بن عفان رضي الله عنه على ابن عمر بنكوله[531].

وأما الإجماع فقد قالوا أن عثمان رضي الله عنه قضى بالنكول ولم يعلم له مخالف من الصحابة ، وقضى شريح بالنكول وكان قضاؤه لا يخفى على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يقل أنه أنكر عليه منكر فيكون إجماعاً منهم على جواز القضاء بالنكول[532].

---

(528) المغني لابن قدامة ، المرجع السابق ، ج10 ، ص104 . ومن طرق الإثبات للبهي ، المرجع السابق ، ص49 ، ص51 . وأنظر الإثبات الجنائي بالقرائن لعبد الحافظ عابد ، المرجع السابق ، ص98 .

(529) المغني لابن قدامة ، المرجع السابق ، ج10 ، ص104 .

(530) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، المرجع السابق ، ج8 ، باب وإني أعيذها بك وذريتها من الشيطان الرجيم ، حديث رقم 4552 ، ص61 وصحيح مسلم بشرح النووي ، المرجع السابق ، ج12 ، كتاب الأقضية ، باب اليمين على المدعى عليه ، حديث رقم 1711 ، ص3 واللفظ لمسلم .

(531) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزيه ، المرجع السابق ، ص91 .

(532) من طرق الإثبات للبهي ، المرجع السابق ، ص55 .

القول الثالث : أنه لا يقضى على المدعى عليه بمجرد نكوله ولا ترد اليمين على المدعي بل يجبر المدعى عليه على اليمين شاء أم أبى بالضرب والحبس ولا ترد اليمين على المدعي إلا في ثلاثة مواضع فقط :

1- الوصية في السفر إذا لم يشهد فيها إلا الكفار .
2- القسامة .
3- إذا أقام المدعي شاهداً واحداً حلف معه .

وهذا قول ابن حزم رحمه الله تعالى ومن وافقه من أهل الظاهر[533].

الترجيح في ذلك :

حديث ابن عمر " أن النبي صلى الله عليه وسلم رد اليمين على طالب الحق " صريح في القضاء بالنكول وحيث أن سند هذا الحديث صحيح ورواته كلهم موثوق بهم ففيه كل الحجة على أن للقاضي أن يرد اليمين في حال النكول ، وليس شرطاً تعدد رواة الحديث حتى يكون معمولاً به فما دام أن سنده الذي أتى به صحيحاً ومن رواة كلهم ثقاة فعندئذ يعتبر حجة والله تعالى أعلم[534].

ورد ابن قيم الجوزيه رحمه الله تعالى بقوله (أما الكتاب : فإنه سبحانه شرع الأيمان في جانب المدعي إذا احتاج إلى ذلك ، وتعذر عليه إقامة البينة ، وشهدت القرائن بصدقه ، كما في اللعان ، وشرع عذاب المرأة بالحد بنكولها مع يمينه ، فإذا كان هذا شرعه في الحدود التي تدرأ بالشبهات ، وقد أمرنا بدرئها ما استطعنا ، فلأن يشرع الحكم بها يمين المدعي مع نكول المدعى عليه في درهم وثوب ونحو ذلك أولى وأحرى)[535].

والذين ذهبوا إلى أن القاضي يقضي على المدعى عليه بنكوله ، اختلفوا في الحقوق التي يقضى فيها بالنكول على قولين :

القول الأول : ذهب أبو حنيفة رحمه الله إلى أن القاضي يقضي بالنكول في كل شيء من الأموال ، والقصاص فيما دون النفس . أما القصاص في النفس فلا يقضي بالنكول كما لا ترد اليمين على المدعي ، لكن القاضي يسجنه حتى يحلف أو يقر .

القول الثاني : أنه يقضي بالنكول في كل شيء ما عدا الحدود واللعان[536].

ثانياً : القضاء بالشاهد واليمين :

اختلف الفقهاء في الشاهد الواحد مع يمين المدعي هل يجوز القضاء بها أم لا ؟ إلى قولين :

---

(533) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزيه ، المرجع السابق ، ص92 . ومن طرق الإثبات للبهي ، المرجع السابق، ص50 و ص56. وأنظر الإثبات الجنائي بالقرائن لعبد الحافظ ، المرجع السابق ، ص99 .

(534) من طرق الإثبات للبهي ، المرجع السابق ، ص65 ، 66 .

(535) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزيه ، المرجع السابق ، ص93 ـ 94 .

(536) أبو فارس ، محمد عبد القادر ، القضاء في الإسلام (عمان ، دار الفرقان ، 1404هـ ـ 1984م) ، ص127 .

القول الأول : أن الشاهد واليمين طريقاً من طرق الإثبات التي يحكم بها القاضي ويقول بذلك أبو بكر وعمر وعبد الله بن عمر وابن عباس وأنس بن مالك وكثير من التابعين ، ومالك والشافعي وأحمد وابن حزم الظاهري .

واستدلوا بحديث ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بيمين وشاهد[537].

وبحديث عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد[538].

والإجماع أنه قضى جماعة من الصحابة بالشاهد واليمين ولم يرو أن أحداً أنكر ذلك[539].

القول الثاني : ويرون عدم اعتبار الشاهد واليمين طريقاً من طرق الإثبات وعلى ذلك يمنع العمل بالقضاء بالشاهد واليمين .

ويقول بذلك أبو حنيفة وأصحابه وبعض المالكية والأوزاعي وفقهاء الكوفة والليث بن سعد .

واستدلوا بقوله تعالى : ((وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ))[540].

ووجه الاستدلال أن الشاهد واليمين لم يردا في كتاب الله فهما زيادة على النص والزيادة على النص نسخ ، فلا يقبل بالكتاب بخبر الواحد .

كما استدلوا بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم : (البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه)[541] ووجه الاستدلال أن جنس البينات مخصوص بجانب المدعي وجنس اليمين مخصوص بجانب المدعى عليه وكل من قسم البينات وقسم اليمين متغايرة لأن مطلق التقسيم يقتضي ذلك فليس الشاهد واليمين بداخل في البينات وليس بداخل في اليمين فيكون العمل بها طريقاً ثالثاً بما يخالف هذا الحديث[542].

واستدلوا كذلك فيما جاء بتنازع الحضرمي والكندي عندما اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في قطعة أرض فقال للمدعي (شاهداك أو يمينه)[543].

([537]) صحيح مسلم بشرح النووي ، المرجع السابق ، ج12 ، كتاب الأقضية ، باب القضاء باليمين والشاهد ، حيث رقم 1712 ، ص5 وتحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي ، المرجع السابق ، ج4 ، أبواب الأحكام ، باب ما جاء في اليمين مع الشاهد ، حديث رقم 1358 ، ص476 برواية أبي هريرة ، واللفظ هنا لمسلم .

([538]) نيل الأوطار للشوكاني ، المرجع السابق ، ج8 ، حديث رقم 3913 ، ص322 .

([539]) من طرق الإثبات للبهي ، المرجع السابق ، ص22 ـ 23 .

([540]) سورة البقرة ، آية 282 .

([541]) صحيح مسلم بشرح النووي ، المرجع السابق ، ج12 ، كتاب الأقضية ، باب القضاء باليمين والشاهد ، حيث رقم 1712 ، ص5 وتحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي ، المرجع السابق ، ج4 ، أبواب الأحكام ، باب ما جاء في اليمين مع الشاهد ، حديث رقم 1358 ، ص476 برواية أبي هريرة ، واللفظ هنا لمسلم .

([542]) المبسوط للسرخسي ، المرجع السابق ، ج17 ، ص30 وتبيين الحقائق وشرح كـ الدقائق للزيلعي ، المرجع السابق ، ج4 ، ص293 ومن طرق الإثبات للبهي ، المرجع السابق ، ص24 .

([543]) صحيح مسلم بشرح النووي ، المرجع السابق ، ج2 ، كتاب الإيمان ، باب 61 ، حديث رقم 221 ، ص140 .

ووجه الدلالة أن الرسول صلى الله عليه وسلم خيّر المدعي بين أمرين معينين والتخيير يمنع تجاوزهما إلى غيرهما . والشاهد واليمين غير هذين الأمرين المعينين فلا يقضي بالشاهد واليمين .

الترجيح في ذلك :

ونؤيد ما ذهب إليه الجمهور وهو القضاء بالشاهد واليمين ، فالأحاديث الصحيحة الواردة بذلك بلغت حد الشهرة ولم تخرج عند رجال الحديث عن درجة الحسن والصحيح، وما وجه إليها لتضعيفها من ناحية السند أو تأويلها من ناحية المتن لصرفها عن معناها لم يصح منه شيء[544].

ونسوق ما ذكره ابن القيم رحمه الله تعالى في ذلك بقوله (وأما إرشاد السنة إلى ذلك : فالنبي صلى الله عليه وسلم جعل اليمين في جانب المدعي إذا أقام شاهداً واحداً لقوة جانبه بالشاهد مكنه من اليمين بغير بذل خصمه ورضاه ، وحكم له بها مع شاهده . فلأن يحكم له باليمين التي يبذلها خصمه مع قوة جانبه بنكول خصمه أولى وأحرى)[545].

وحيث أن اليمين ليست من طرق الإثبات المتفق عليها في جرائم الحدود والقصاص إلا أن الشافعي رحمه الله تعالى يرى أن جريمة حد القذف تثبت باليمين إذا لم يكن لدى المقذوف دليل آخر ، فله أن يستحلف القاذف فإن نكل القاذف يثبت عليه حد القذف بالنكول عن اليمين ، ويرى أن يستحلف القاذف المقذوف إذا لم توجد لديه بينة على صحة القذف فإن نكل المقذوف عن اليمين اعتبر القذف صحيحاً ودرء حد القذف عن القاذف بنكول المقذوف .

أما الإمام أبو حنيفة ومالك وأحمد فلا يرون إثبات القذف باليمين فليس للقاذف أو المقذوف أن يستحلف الآخر[546].

وفي رأي لمذهب الشافعي أن اليمين المردودة تثبت السرقة ويقطع المتهم فإذا لم يكن هناك شهود أو إقرار ، فنسب المجني عليه السرقة للمتهم ، فنكل السارق عن اليمين فحلف المدعي قطع السارق ، لأن اليمين المردودة على المدعي كالإقرار والشهادة وسيلة من وسائل الإثبات .

لكن الرأي الراجح عند المذهب الشافعي أن القطع لا يكون إلا ببينة أو إقرار فلا قطع في اليمين المردودة وإنما يثبت بها المال المسروق فقط ، وهذا الرأي يتفق مع مذهب مالك وأبو حنيفة وأحمد بأن اليمين المردودة لا توجب القطع وإنما توجب ضمان المال فقط[547].

([544]) من طرق الإثبات للبهي ، المرجع السابق ، ص38 .

([545]) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزيه ، المرجع السابق ، ص94 .

([546]) نظام إثبات الدعوى لعلي رسلان ، المرجع السابق ، ص175 . والتشريع الجنائي لعبد القادر عوده، المرجع السابق ، ج2، ص341 ـ 342 ، و ص490 ـ 491 .

([547]) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده ، المرجع السابق ، ج2 ، ص617 .

الفرع الثاني : قضاء القاضي بعلمه :

يشترط في القاضي قبل الفصل في الدعوى نوعان من العلم :

الأول : العلم بالأحكام الشرعية وهي أساس تأهيله وإعداده للقضاء .

الثاني : العلم بحقيقة الواقعة وتفاصيل القضية ، وهذا العلم إما أن يكتسبه القاضي بنفسه برؤية القضية أو سماع الأقوال أو معاينة المدعى به والكشف عليه ، وإما عن طريق الشهود والإقرار والقرائن المحيطة به وهو علم ظني[548].

ومن المسلم به أن علم القاضي بالحق أو الواقعة يفيد اليقين والعلم بخلاف الطرق الأخرى فإنها تفيد الظن ، والبينة هي كل ما يبين الحق ويظهره . فهل يعتبر علم القاضي الذي اكتسبه مباشرة طريقاً للإثبات فيعتمد عليها القضاء أم لا ؟ .

اتفق الفقهاء على قضاء القاضي بعلمه فيما علمه في مجلس القضاء[549] وعلى ألا يقضي القاضي بخلاف علمه ولو مع وجود البينة[550] وعلى قضاءه بعلمه في تعديل الشهود وتجريحهم[551] وعلى قضاءه بعلمه في حق الله تعالى حسبة[552].

واختلف الفقهاء في قضاء القاضي بعلمه خارج مجلس القضاء على ثلاثة أقوال :

القول الأول : أن القاضي لا يحكم بعلمه أصلاً في حق من الحقوق مهما كان نوع الحق موضوع الدعوى ، وقال بذلك أبو بكر وعمر وعلي وابن عباس وعبد الرحمن بن عوف ومعاوية والشافعية في القول الراجح والمشهور عند المالكية وظاهر مذهب الحنابلة والشعبي والأوزاعي وشريح وإسحاق والبخاري واختاره ابن القيم رحمه الله تعالى والمتأخرون من الحنفية[553].

وأدلتهم في ذلك :

1- قوله تعالى ((وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً))[554].

([548]) وسائل الإثبات للزحيلي ، المرجع السابق ، ص563 .

(549) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ، المرجع السابق ، ج2 ، ص206 . وكشاف القناع عن متن الإقناع لمنصور بن يونس البهوتي (مطبعة النصر الحديثة، 1403هـ) ج4 ، ص197 ، ونهاية المحتاج للرملي ، المرجع السابق ، ج8 ، ص247، ووسائل الإثبات للزحيلي ، المرجع السابق ، ص565 .

(550) نهاية المحتاج للرملي ، المرجع السابق ، ج8 ، ص246 وكشاف القناع عن متن الاقتناع للبهوتي ، المرجع السابق ، ج4 ، ص197 وتبصرة الحكام لابن فرحون، المرجع السابق ، ج1، ص248 ، ووسائل الإثبات للزحيلي ، المرجع السابق ، ص564 .

(551) بداية المجتهد لابن رشد ، المرجع السابق ، ج2 ، ص509 ، الفروق لأبي العباس أحمد بن إدريس القرافي (مطبعة دار إحياء الكتب ، ط1 ، 1346هـ) ج4 ، ص84 . وكشاف القناع للبهوتي ، المرجع السابق ، ج4 ، ص197 ، والمحلى لأبي محمد علي بن سعيد ابن حزم ، المتوفى سنة 456هـ (مكتبة الجمهورية ، 1392هـ - 1972م) ، ج9 ، ص429 ، وتبصرة الحكام لابن فرحون ، المرجع السابق ، ج2 ، ص23 والمهذب للشيرازي ، المرجع السابق، ج2 ، ص304 ، ووسائل الإثبات للزحيلي ، المرجع السابق ، ص564 ، والطرق الحكمية لابن قيم الجوزيه ، المرجع السابق ، ص194 وفيه أن الحنابلة في رواية عندهم لا يعمل القاضي بعلمه في الجرح والتعديل خشية التهمة عليه ، وكتاب أدب القضاء لابن أبي الدم ، المرجع السابق ، ص182 .

([552]) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ، المرجع السابق ، ج2 ، ص509 ، ووسائل الإثبات للزحيلي، المرجع السابق ، ص565.

([553]) من طرق الإثبات للبهي ، المرجع السابق ، ص127 ، ووسائل الإثبات للزحيلي ، المرجع السابق ، ص565 ونيل الأوطار للشوكاني ، المرجع السابق ، ج8 ، ص297 – 298 ، والمغني لابن قدامة ، المرجع السابق ، ج10 ، ص48 ، ومنتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات للبهوتي ، المرجع السابق ، ج2 ، ص596 والقضاء في الإسلام لأبو فارس ، المرجع السابق ، ص247 .

([554]) سورة النور ، الآية : 4 .

ووجه الاستدلال أنه أمر بجلد القاذف عند عدم البينة وإن علم صدقه ، لأنه أمر بالجلد إذا لم يحضر الشهود[555].

2- قول الرسول صلى الله عليه وسلم في قضية تنازع الحضرمي والكندي (شاهداك أو يمينه ليس لك منه إلا ذلك)[556].

ووجه الاستدلال أن الإثبات بالشهود أو اليمين وعلم القاضي ليس منها .

3- ما روي عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث أبا جهم بن حذيفة مصدقاً ، فلاحه رجل في صدقته ، فضربه أبو جهم فشجه ، فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا : القود يا رسول الله . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لكم كذا وكذا فلم يرضوا ، فقال لكم كذا وكذا فلم يرضوا فقال لكم كذا وكذا فرضوا ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : إني خاطب العشية على الناس ومخبرهم برضاكم ، قالوا: نعم ، فخطب فقال : إن هؤلاء الذين أتوني يريدون القود ، فعرضت عليهم كذا وكذا فرضوا ، أفرضيتم ؟ قالوا : لا . فَهمَّ المهاجرون بهم ، فأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يكفوا عنهم فكفوا ثم دعاهم فزادهم . فقال أرضيتم ؟ قالوا : نعم . قال إني خاطب على الناس ومخبرهم برضاكم ، قالوا نعم فخطب فقال أرضيتم ؟ قالوا نعم[557].

ووجه الاستدلال أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقضي بعلمه برضاهم أولاً فهو يعلم أنهم غير صادقين ومع ذلك لم يلزمهم بما أقروا به أولاً ، فيدل على أن القاضي ليس له أن يحكم بعلمه .

4- ما رواه الضحاك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن عمر اختصم إليه فيما يعرفه ، فقال أحدهما أنت شاهدي ، قال : إن شئت شهدت ولم أحكم ، أو أحكم ولم أشهد[558].

واستدلوا عقلاً بعدم قضاء القاضي بعلمه لأنه يجعل القاضي في مكان التهمة ، فقد يعمد إلى رجل ميسور الحال ويحكم عليه بالقذف الذي سمعه ، وقد يأتي بشخص آخر مجهول الحال ليقيم عليه حد الزنا لعلمه بذلك ، وقد يفرق بين الرجل وامرأته ويحتج أنه سمعه يطلقها[559].

([555]) الأشباه والنظائر لزين العابدين بن إبراهيم ابن نجيم (تحقيق عادل سعد ، المكتبة التوفيقية ، بدون تاريخ نشر) ص88ووسـائل الإثبـات للزحيلي ، المرجع السابق ، ص566 .

([556]) صحيح مسلم بشرح النووي ، المرجع السابق ، ج12، ص4، وتحفة الأحوذي لشرح جامع الترمذي ، المرجع السابق، ج4 ، ص568 . ونيل الأوطار للشوكاني ، المرجع السابق ، ج8 ، ص299 . وفتح الباري بشرح صحيح البخاري ، المرجع السابق ، ج16 ، ص259 ، والمحلى لابن حزم ، المرجع السابق ، ج10 ، ص628 .

([557]) صحيح مسلم بشرح النووي ، المرجع السابق ، ج2 ، ص154 . وتحفة الأحوذي بشرح جامع الترمـذي ، المرجـع السـابق ، ج4 ، ص570 ومن طرق الإثبات للبهي ، المرجع السابق ، ص127 ـ 128 ووسائل الإثبات للزحيلي ، المرجع السـابق ، ص568 ، ونظـام القضاء في الإسلام لأبو فارس ، المرجع السابق ، ص148 . ونيل الأوطار للشوكاني ، المرجع السابق ، ج8 ، ص297 ، والمغني لابن قدامـة ، المرجع السابق، ج10 ، ص49. وبداية ا تهد و اية المقتصد لابن رشد ، المرجع السابق، ج2 ، ص464 ـ 465 .

([558]) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزيه ، المرجع السابق ، ص196 .

([559]) المغني لابن قدامة ، المرجع السابق ، ج9 ، ص55 .

وقد يعمد قضاة السوء إلى إنزال الأحكام الجائرة بخصومهم وأعدائهم ، ويجدون من القضاء ذريعة لهم فيقضون بعلمهم ويجورون على الناس ، ويظلمون من تساورهم أنفسهم الحقد عليهم[560].

فيمنع القاضي من القضاء بعلمه سداً للذرائع ، ووضع حداً للظلم ونهاية الجور ، وكذلك قطع التهم التي تكال على القضاة فتسقط هيبتهم وتقلل من احترامهم[561].

القول الثاني : أنه يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه مطلقاً . وقال بذلك أبو ثور والمشهور عن الإمام الشافعي وأحمد في أحد قوليه وابن حزم الظاهري[562].

وأدلتهم في ذلك :

1 – قوله تعالى : ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ))[563]

وقوله تعالى : ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ))[564].

ووجه الدلالة أن الله سبحانه وتعالى أمر المؤمنين عامة بالقسط والحاكم من بين هؤلاء فإن كان يعلم أن أحد الخصمين ظالم وآخر مظلوم فليحكم برد الظالم عن ظلمه ولا يترك الظالم أن يقيم بينته بالباطل فيحكم له بذلك .

2 - ما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت : دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله إن أبا سفيان ، رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بُنيَّ إلا ما أخذت من ماله بغير علمه ، هل علي في ذلك من جناح ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي ولدك)[565].

ووجه الاستدلال أن الرسول صلى الله عليه وسلم يعلم شح أبي سفيان وبخله ، فصدق امرأته في منعها من النفقة ، فحكم لها بناءً على علمه ، وهذا يدل على مشروعية أن يقضي القاضي بعلمه[566].

3 - ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : جاء رجلان يختصمان إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال للمدعي : أقم بينة ؟ فلم يقمها ، فقال الآخر : أحلف ، فحلف بالله الذي لا إله إلا هو ما له عندي شيء ، فقال رسول الله صلى الله عليه

---

(560) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، المرجع السابق ، ج13 ، ص119 .

(561) وسائل الإثبات للزحيلي ، المرجع السابق ، ص571 .

(562) كشاف القناع عن متن الاقناع للبهوتي ، المرجع السابق ، ج4 ، ص197 ، والمغني لابن قدامة ، المرجع السابق ، ج9 ، ص53 . والمهذب للشيرازي ، المرجع السابق ، ج2 ، ص304 والمبسوط للسرخسي ، ج15 ، ص105 ، ووسائل الإثبات للزحيلي ، المرجع السابق ، ص566 ومن طرق الإثبات للبهي ، المرجع السابق ، ص127 والقضاء في الإسلام لأبو فارس ، المرجع السابق، ص144

(563) سورة النساء ، الآية : 135 .

(564) سورة المائدة، الآية : 8 .

(565) صحيح مسلم بشرح النووي ، المرجع السابق ، ج12 ، ص6، وفتح الباري بشرح صحيح البخاري ، المرجع السابق، ج13، ص118 ، 146 ، ووسائل الإثبات للزحيلي ، المرجع السابق ، ص574 ومن طرق الإثبات للبهي ، المرجع السابق ، ص131 – 132 والمغني لابن قدامة ، المرجع السابق ، ج10 ، ص48 . وبداية ا تهد لابن رشد ، المرجع السابق ، ج2 ، ص464 ، ونظام القضاء في الإسلام لأبو فارس ، المرجع السابق ، ص141 .

(566) المغني لابن قدامة ، المرجع السابق ، ج9 ، ص54 . ووسائل الإثبات للزحيلي ، المرجع السابق ، ص574 .

وسلم : قد فعلت ، ولكن غُفِرَ لك بإخلاص لا إله إلا الله ، وفي رواية بل هو عندك ، أدفع حقه) وفي رواية : (فنزل جبريل عليه السلام على النبي صلى الله عليه وسلم فقال : إنه كاذب، إن له عنده حق ، فأمره أن يعطيه)[567].

ووجه الاستدلال أن الرسول صلى الله عليه وسلم قضى بعلمه بعد وقوع اليمين ، فبالأولى جواز القضاء بالعلم قبل وقوعه[568].

4 ـ ما روي عن سعد بن الأطول أن أخاه مات وترك ثلاثمائة درهم ، وترك عيالاً ، فأردت أن أنفقها على عياله ، فقال لي النبي صلى الله عليه وسلم (إن أخاك محبوس بدينه فأقضه عنه ، قلت يا رسول الله : قد قضيت عنه إلا دينارين ادعتهما امرأة وليست لها بينة ، قال : أعطها فإنها محقة) وفي رواية (أعطها فإنها صادقة)[569].

ووجه الاستدلال أن الرسول حكم بعلمه في الحادثة وأمر بإعطاء الدين لها وتبين أنها محقة بدون بينة ، وهذا دليل على مشروعية قضاء القاضي بعلمه[570].

واستدلوا عقلاً بقضاء القاضي بعلمه من وجهين :

الوجه الأول : أن القاضي يحكم بالشاهدين وهذا بغلبة الظن وإذا جاز له الحكم بغلبة الظن فحكمه بما علمه ، وتحقق منه قطعاً أولى .

الوجه الثاني : أن القاضي يحكم بعلمه في تعديل الشهود وجرحهم ، وعلى هذا يجوز له أن يحكم بعلمه في ثبوت الحق من عدمه[571].

القول الثالث : وهو التفصيل في قضاء القاضي بعلمه . والتفصيل يكون في أمرين[572].

الأمر الأول : زمن حصول علم القاضي الذي يقضي به ومكانه .

الأمر الثاني : الحقوق التي يقضي القاضي فيها بعلمه .

فأما الأمر الأول فذهب بعض الحنفية وقول للشافعي ورواية لأحمد رحمه الله إلى قضاء القاضي بعلمه مطلقاً سواء اكتسب علمه قبل ولايته للقضاء أو بعدها ، وسواء كان في دائرته القضائية أو خارجها[573].

وذهب أبو حنيفة رحمه الله تعالى إلى أن للقاضي أن يقضي بعلمه الذي اكتسبه في زمن ولايته للقضاء ووقع ضمن دائرته القضائية ، وليس له أن يحكم بعلمه الذي اكتسبه قبل ولايته للقضاء أو خارج دائرته القضائية[574].

([567]) وسائل الإثبات للزحيلي ، المرجع السابق ، ص577 ومن طرق الإثبات للبهي ، المرجع السابق ، ص131 ونيل الأوطار للشوكاني ، المرجع السابق ، ج8 ، ص310 .

([568]) نيل الأوطار للشوكاني ، المرجع السابق ، ج8 ، ص310 ، ووسائل الإثبات للزحيلي ، المرجع السابق ، ص577 .

([569]) سنن ابن ماجه لمحمد بن يزيد القزويني ، توفي عام 273هـ (تحقيق وتعليق محمد فؤاد عبد الباقي ، طبعة دار الكتب بدون تاريخ نشر) ج2 ، ص813 .

([570]) وسائل الإثبات للزحيلي ، المرجع السابق ، ص575 . ومن طرق الإثبات للبهي ، المرجع السابق ، ص131 . والطرق الحكمية لابن قيم الجوزيه ، المرجع السابق ، ص214 . ونظام القضاء في الإسلام لأبو فارس ، المرجع السابق ، ص142 .

([571]) من طرق الإثبات للبهي ، المرجع السابق ، ص132 .

([572]) القضاء في الإسلام لأبو فارس ، المرجع السابق ، ص144 وما بعدها .

([573]) بدائع الصنائع للكاساني ، المرجع السابق ، ج9 ، ص4089 ، وروضة الطالبين للنووي ، المرجع السابق، ج11 ، ص156. ونظام القضاء في الإسلام لأبو فارس ، المرجع السابق ، ص144 ـ 145 .

وأما الأمر الثاني والمتعلق بالحقوق التي يقضي فيها بعلمه فذهب أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه والإمام أحمد في رواية عنه وبعض المالكية أن القاضي يقضي بعلمه في جميع الحقوق المتعلقة بالآدميين ، ولا يقضي في الحدود الخالصة ، وفي السرقة يقضي بعلمه بالمال لا بالقطع[575].

وذهب الشافعي في أحد قوليه وابن حزم الظاهري[576] إلى أنه يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه في الحدود وغيرها وأضاف ابن حزم بالدماء والقصاص والأموال والفروج .

([574]) بدائع الصنائع للكاساني ، المرجع السابق ، ج9 ، ص4089 . ونظام القضاء في الإسلام لأبو فارس ، المرجع السابق ، ص145 . وقد فرق أبو حنيفة رحمه الله بين العلم الحادث للقاضي في زمن ولايته والعلم الحادث قبل زمن ولايته . فقال أن العلم في زمن الولاية أشبه ما يكـون بالبينة القائمة فيه ، والأصل في صحة القضاء هو البينة ، وكذلك العلم الحادث في زمن القضاء يكون في وقت هو مكلف بالقضاء ، أمـا العلـم الحادث قبل زمن القضاء فلا يشبه البينة ، فلا يجوز القضاء به . أنظر بدائع الصنائع للكاساني ، المرجع السابق ، نفس الصفحة ، والمغني لابن قدامة ، المرجع السابق ، ج10 ، ص49 .

([575]) بدائع الصنائع للكاساني ، المرجع السابق ، ج9 ، ص4088 وروضة الطالبين للنووي ، المرجع السابق ، ج11 ، ص156. وفتح الباري بشرح صحيح البخاري ، المرجع السابق ، ج16، ص438 ، ونظام القضاء في الإسلام لأبو فارس، المرجع السابق ، ص146 .

([576]) بدائع الصنائع للكاساني ، المرجع السابق ، ج9 ، ص4088 والمحلى لابن حزم ، المرجع السابق ، ج10 ، ص625 .

الترجيح في ذلك :

ونؤيد عدم قضاء القاضي بعلمه بسبب ضعف الوازع الديني في هذا الزمان ، وضعف النفوس وقلة الورع والتقوى ، وفي ذلك سداً للذرائع ودرءاً للفتن.

ولأن الله سبحانه مظهر الحق بالبينة لصاحب الحق ، فليس بحاجة إلى علم القاضي بقدر ما هو بحاجة إلى يقينه بأن الله سبحانه مظهر حقه إن كان مظلوماً في الدنيا والآخرة، فصاحب الحق وإن قامت بينة عليه ظلماً فهناك طرق وحجاج وبينات أخرى تعيد له حقه كإثبات عدم عدالة الشهود وتمييز الحكم من قاضي أعلى .

وفي ذلك يقول بعض الفقهاء (والحق أن الاحتياط واجب ومن أعظم مطالب الشريعة الحكيمة العادلة)[577].

ويقول آخر (ولأجل هذا ترجح عندي منع القاضي من القضاء بعلمه رعاية لجانب المصلحة ، وارتكاباً لأخف الضررين ، واتباعاً للقواعد الشرعية المقررة من أن الحكم يتبع المصلحة الراجحة)[578].

ويقول ابن قيم الجوزيه رحمه الله تعالى (وحتى لو كان الحق هو حكم الحاكم بعلمه لوجب منع قضاة الزمان من ذلك)[579].

الفرع الثالث : القرائن :

تعتبر القرائن دليلاً من أدلة الإثبات غير المباشرة ، التي تعتمد على الاستنباط العقلي والمنطقي ، بعكس الأدلة المباشرة التي تنصب على الواقعة مباشرة ، مثل الاعتراف والشهادة ، فإذا لم تتوفر الأدلة المباشرة يمكن للقاضي أن يلجأ إلى وسيلة أخرى غير مباشرة فيجعلها علامة ودليلاً على الحق ومرشداً إليه وهي القرائن ، فالقرائن تقوم مقام الوسائل الأخرى إذا فقدت في الدعوى .

---

(577) إبراهيم ، أحمد ، طرق القضاء في الشريعة الإسلامية (القاهرة ، المطبعة السلفية ، 1347هـ) ص24 .

(578) من طرق الإثبات للبهي ، المرجع السابق ، ص145 .

(579) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزيه ، المرجع السابق ، ص199 .

تعريف القرائن في اللغة :
القرائن جمع قرينة وهي مأخوذة من المقارنة والمصاحبة فيقال فلان قرين لفلان أي مصاحب له وهي ما تصل بين شيئين ، يقال قرنت الشيء بالشيء إذا وصلته ، وسميت الزوجة قرينة لمقارنتها الرجل ، وقيل هي الأمر الدال على الشيء من غير استعمال فيه بل مجرد المقارنة والمصاحبة[580].

تعريف القرائن في الاصطلاح :
القرائن بمعنى الأمارة والعلامة ، وهي ما يلزم من العلم بها الظن بوجود المدلول أو هي الأمارة الدالة على حصول أمر من الأمور ، أو عدم حصوله ، ودلالة القرينة قد تكون قوية ترتقي إلى درجة القطع ، وقد تكون ضعيفة لا تفيد إلا مجرد الاحتمال الذي لا تقوم معه حجة ، والمرجع في استنباطها إلى ما يأتي الإنسان من ذكاء وفطنة ودقة الملاحظة تمكنه من معرفة خفايا الأمور ، وعدم الاعتماد على الظواهر المجردة[581].
وعرفت القرينة بأنها أمر يشير إلى المطلوب[582].
وعرفها ابن عابدين بأنها هي التي تصير الأمر في حيز المقطوع به[583].
وجاء تعريف القرينة في المادة 1741 من مجلة الأحكام العدلية بأنها الأمارة البالغة حد اليقين[584].
وعرفت القرينة بأنها التي توجد عند الإنسان علماً بموضوع النزاع ، والاستدلال يكاد يكون مماثلاً للعلم الحاصل من المشاهدة والعيان[585].
ونؤيد في تعريف القرينة التعريف التالي :
القرينة هي دليل يستنبطه المشرع ، أو القاضي ، أو سلطة الاتهام ، أو دفاع المتهم، من واقعة معلومة ، لإثبات واقعة مجهولة ، لوجود علاقة أو صلة السببية بينهما ، وفقاً لقواعد العقل والمنطق[586].

موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من الحكم بالقرائن :

([580]) مختار الصحاح للرازي ، المرجع السابق ، ص532 ـ 533 والقاموس المحيط للفيرز آبادي ، المرجع السابق ، ص1579 ولسان العرب لابن منظور ، المرجع السابق ، ج3 ، ص336 .

([581]) عليان ، شوكت محمد ، السلطة القضائية في الإسلام ، دراسة موضوعية مقارنة (الرياض ، دار الرشيد للنشر والتوزيع ، ط1 ، 1402هـ ـ 1982م) ، ص263 وتبصرة الحكام لابن فرحون ، المرجع السابق ، ج1 ، ص302 ، والطرق الحكمية لابن قيم الجوزيه ، المرجع السابق ، ص97 ، ومعين الحكام للطرابلسي ، المرجع السابق ، ص161 . والنظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص320 .

([582]) التعريفات للجرجاني ، المرجع السابق ، ص117 .

([583]) حاشية ابن عابدين ، المرجع السابق ، ج4 ، ص462 .

([584]) حيدر ، علي ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (بيروت ، مكتبة النهضة ، بدون تاريخ نشر) ، ج4 ، ص431.

([585]) موسوعة الفقه الإسلامي لأبو زهرة ، المرجع السابق ج2 ، ص168 . والترهوني ، محمد أحمد ، حجية القرائن في الإثبات الجنائي في الفقه الإسلامية (بنغازي ، جامعة قاريونس ، بدون تاريخ نشر) ص94 ـ 95 .

([586]) حجية القرائن في الإثبات للترهوني ، المرجع السابق ، ص99 .

اتفق الفقهاء في المذاهب الأربعة على الأخذ بالقرائن في كثير من مسائل الفقه[587]، واتفقوا على الأخذ بها في جميع جرائم التعازير ولكن اختلفوا في الأخذ بها في جرائم الحدود والقصاص على قولين أحدهما يرى عدم الأخذ بها في الحدود والقصاص والآخر يرى الأخذ بها في جميع الجرائم .

القول الأول : حيث يذهب الجمهور (الحنفية والشافعية والحنابلة فيما عدا رواية عن الإمام أحمد[588] إلى عدم إثبات جرائم الحدود والقصاص إلا بالإقرار أو الشهادة ، أما القرائن فلا تعد طريقاً لإثبات هذه الجرائم واستدلوا على ذلك بما يلي :

1- ما روي عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (لو كنت راجماً أحداً بغير بينة ، لرجمت فلانة ، فقد ظهر منها الريبة في منطقها ، وهيئتها ، ومن يدخل عليها)[589].

ووجه الاستدلال أن الرسول صلى الله عليه وسلم لو أجاز القضاء بالقرائن لقضى بالحد على تلك المرأة لأن القرائن تدل على وقوعها في الزنا ، وتتمثل هذه القرائن في هيئتها وتصرفاتها وكثرة المترددين عليها .

2- ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم لما لاعن هلال بن أمية زوجته وقذفها بشريك بن سحماء حيث قال صلى الله عليه وسلم : (إن جاءت به أكحل العينين ، سابغ الإليتين ، خدلج الساقين ، فهو لشريك بن سحماء ، ثم لما جاءت به كذلك قال لو لا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن)[590].

ووجه الاستدلال أنه رغم الشبه الصريح بين الولد وشريك بن سحماء إلا أنه صلى الله عليه وسلم لم يثبت النسب بينهما أي يجعل الولد لشريك بن سحماء .

3- ما روي عن ابن عباس أنه قال (شرب رجل الخمر فسكر فلقي يميل في الفج ، فانطلق به إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فلما حاذى دار العباس انفلت فدخل على العباس فالتزمه ، فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فضحك وقال أفعلها ؟ ولم يأمر فيه بشيء)[591].

---

(587) منها على سبيل المثال :

1- اتفقوا على جواز وطء المرأة إذا أهديت إلى الزوج ليلة الزفاف وإن لم يشهد عنده عدلان من الرجال أن هذه زوجته المعقود عليها اعتماداً على القرينة الد لة م لة الشهود .

2- اتفقوا على أن شخصاً لو وجد هدياً مشعراً منحوراً وليس عنده أحد جاز له أن يأكل منه اعتماداً على هذه القرينة الظاهرة.

3- اتفقوا على قبول دعوى المرأة في الاستكراه على الزنا إذا كانت متعلقة بالمدعى عليه أو ا أثر أمارة كالصياح وما شابه ذلك، واعتبروا ذلك قرينة يدرأ عنها الحد لأجلها .

4- أذنوا لمستأجر الدار في دخول ضيوفه وأصحابه عنده للجلوس والمبيت وإن لم يتضمن عقد الإيجار الإذن بذلك اعتماداً على القرينة . من طرق الإثبات للبهي ، المرجع السابق ، ص74 ـ 75 .

(588) منار السبيل لابن ضويان ، المرجع السابق ، ج2 ، ص371 وكشاف القناع للبهوتي ، المرجع السابق ، ج6 ، ص84 . والمغني لابن قدامة ، المرجع السابق ، ج9 ، ص51 . ونيل الأوطار للشوكاني ، المرجع السابق ، ج7 ، ص111 .

(589) نيل الأوطار للشوكاني ، المرجع السابق ، ج7 ، حديث رقم 3114 ، باب 7 ، ص120 . وسنن ابن ماجة ، المرجع السابق، ج2 ، ص91 .

(590) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، المرجع السابق ، ج5، ص46 .

(591) سنن أبي داود ، المرجع السابق ، ج2 ، ص471 ، والمغني لابن قدامة ، المرجع السابق ، ج10 ، ص193 .

ووجه الاستدلال أن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يطبق الحد عليه رغم ضبطه في حالة سكر ظاهر ، وحالة السكر قرينة على شرب الخمر .

4- ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه رفعت إليه قضية امرأة حملت وليس لها زوج ، فسألها فقالت إني امرأة ثقيلة الرأس وقع علي رجل وأنا نائمة فما استيقظت حتى فرغ فدرأ عنها الحد[592].

5- وروى البراء عن صبرة عن عمر (أنه أتى بامرأة فادعت أنها أكرهت فقال خل سبيلها ، وكتب إلى أمراء الأجناد ألا يقتل أحد إلا بإذنه)[593].

ووجه الاستدلال أن عمر رضي الله عنه لم يطبق عليها الحد رغم وجود القرينة القاطعة بثبوت الزنا وهو الحمل .

ومن المعقول أن القرائن ليست مطردة الدلالة لاختلافها قوةً وضعفا ، فتبدوا قوية قاطعة في البداية ثم يظهر ضعفها فيما بعد فلا تصلح لبناء الأحكام القضائية عليها[594].

كما أن الحدود تدرأ بالشبهات والقرائن تحفها شبهات كثيرة فلا تصلح للاعتماد عليها في بناء الأحكام القضائية[595].

القول الثاني : حيث يذهب ابن تيمية وابن قيم الجوزيه من الحنابلة والقرافي وعبد المنعم بن الفرس وابن فرحون وابن جزي من المالكية وابن الغرس والزيلعي وابن عابدين من الأحناف إلى الأخذ بالقرائن في جميع الجرائم[596].

أدلتهم في ذلك :

من القرآن الكريم :

1- قوله تعالى : ((قَالُوا يَا أَبَانَا إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ وَتَرَكْنَا يُوسُفَ عِنْدَ مَتَاعِنَا فَأَكَلَهُ الذِّئْبُ وَمَا أَنْتَ بِمُؤْمِنٍ لَنَا وَلَوْ كُنَّا صَادِقِينَ * وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْراً فَصَبْرٌ جَمِيلٌ وَاللَّهُ الْمُسْتَعَانُ عَلَى مَا تَصِفُونَ))[597].

ووجه الاستدلال هو أن سلامة القميص من الخرق والتمزيق قرينة قوية تدحض قولهم أنه أكله الذئب ولم يتعرض القميص لخرق أو تمزيق ، إذ لا يمكن افتراس الذئب ليوسف وهو لابس القميص ويسلم القميص .

2- قوله تعالى : ((وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ * وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ))[598].

---

(592) المغني لابن قدامة ، المرجع السابق ، ج2 ، ص193 .

(593) المغني لابن قدامة ، المرجع السابق ، نفس الصفحة وما بعدها .

(594) من طرق الإثبات للبهي ، المرجع السابق ، ص83 .

(595) النظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص323 .

(596) من طرق الإثبات للبهي ، المرجع السابق ، ص75 .

(597) سورة يوسف ، الآية : 17 ـ 18 .

(598) سورة يوسف ، الآية : 26 .

ووجه الاستدلال أنهم جعلوا قطع القميص من الأمام دليل على صدقها ، ومن الخلف دليل على كذبها ، فلما ظهر أن القميص قطع من الخلف حكم بكذبها وفي ذلك أكبر دليل على العمل بالقرينة .

ومن السنة النبوية :

3- ما روي عن عبد الرحمن بن عوف أنه قال : بينما أنا واقف في الصف يوم بدر نظرت عن يميني وشمالي ، فإذا أنا بين غلامين من الأنصار ، حديثة أسنانهما ، تمنيت لو كنت بين أضلع منهما ، فغمزني أحدهما، فقال : يا عم هل تعرف أبا جهل؟ قال : قلت: نعم . وما حاجتك إليه يا ابن أخي ؟ قال أخبرت أنه يسب رسول الله صلى الله عليه وسلم . والذي نفسي بيده لئن رأيته لا يفارق سوادي سواده حتى يموت الأعجل منا . قال فتعجبت لذلك . فغمزني الآخر فقال مثلها . قال : فلم أنشب أن نظرت إلى أبا جهل يزول في الناس . فقلت : ألا تريان ؟ هذا صاحبكما الذي تسألان عنه . قال فابتدراه ، فضرباه بسيفيهما ، حتى قتلاه ، ثم انصرفا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم . فأخبراه . فقال : أيكما قتله ؟ فقال كل واحد منهما : أنا قتلت . فقال: (هل مسحتما سيفيكما ؟) قالا : لا فنظر في السيفين فقال : (كلاكما قتله) وقضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح ، وكانا معاذ بن عمرو بن الجموح ومعاذ بن عفراء)[599].

ووجه الاستدلال أن الرسول صلى الله عليه وسلم اعتمد في حكمه بينهما على القرينة وحكم بأنهما اشتركا في القتل لما رأى الدم على سيفيهما إلا أنه قضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح لاعتماده على قرينة ما علا سيفه من الدم ، حيث استنتج بالعقل والمنطق أنه هو الذي أثخنه بالقتل بضربته وأكمل الآخر عليه[600].

4- روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال (الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها)[601].

ووجه الاستدلال أن سكوتها أمارة على الرضا وتجوز الشهادة على عقد النكاح عليها بناءً على سكوتها وهذا من أقوى الأدلة على الحكم بالقرائن[602].

5- ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في إعطاء اللقطة إلى صاحبها (فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها وعددها ووكاءها فأعطها إياه ، وإلا فهي لك)[603].

يقول ابن القيم رحمه الله تعالى (الأمر للوجوب ، والوصف بينة ظاهرة ، فإنها من البيان وهو الكشف والإيضاح ، والمراد بها وضوح حجة الدعوى وانكشافها ، وهو موجود في الوصف)[604].

ولا شك بأن من يصف اللقطة وصفاً دقيقاً مبيناً تفاصيلها على هذا النحو فهي قرينة قوية على أنه صاحبها .

ومن المعقول :

([599]) صحيح مسلم بشرح النووي ، المرجع السابق ، ج12 ، حديث رقم 1752 ، ص59 ـ 60 .

([600]) السلطة القضائية في الإسلام لشوكت عليان ، المرجع السابق ، ص268 وحجية القرائن في الإثبات للترهوني ، المرجع السابق، ص156 ـ 157.

([601]) سنن النسائي ، المرجع السابق ، ج6 ، ص69 . وتبصرة الحكام لابن فرحون ، المرجع السابق ، ج2 ، ص114 .

([602]) السلطة القضائية في الإسلام لشوكت عليان ، المرجع السابق ، ص269 .

([603]) صحيح مسلم بشرح النووي ، المرجع السابق ، ج12 ، كتاب اللقطة ، رقم 6 ، ص25 ـ 26 .

([604]) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزيه ، المرجع السابق ، ص8 .

ما ذكره ابن القيم رحمه الله تعالى (فالشارع لم يلغ القرائن والأمارات ودلائل الأحوال ، بل من استقرأ الشرع في مصادره وموارده وجده شاهداً لها بالاعتبار ، مرتباً عليها الأحكام) ويقول (فإن ظهرت أمارات العدل ، وأسفر وجهه بأي طريق كان ، فثم شرع الله ودينه ، والله سبحانه أعلم وأحكم ، وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين أمارة ، فلا يجعله منها ، ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها . بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق ، أن مقصوده إقامة العدل بين عباده ، وقيام الناس بالقسط ، فأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين ، ليست مخالفة له)[605].

الترجيح في ذلك :

ونرى ترجيح العمل بالقرائن بعد أن قام الدليل الشرعي على العمل بها . وحيث أن القرائن من البينات والبينة هي اسم لكل ما يبين الحق ويظهره .

ولأن من القرائن ما يكون أوضح بينة من غيرها كالشهادة والاعتراف فعند هروب شخص مثلاً بعمامة آخر وعلى رأسه عمامة ويجري وراءه شخصاً مكشوف الرأس يدعي أن هذه عمامته ، فهذه القرينة تؤكد قطعاً أن العمامة للمدعي ولسنا بحاجة إلى أن يحضر شاهدين بأن الشخص سرق عمامته أو نسأل الشخص إن كان يقر بالعمامة أو لاً ؟ ما دامت القرينة قاطعة على هذا النحو .

ولذلك يقول ابن القيم رحمه الله تعالى (والحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الأمارات ودلائل الحال ، ومعرفة شواهده ، وفي القرائن الحالية والمقالية ، كفقه في جزئيات وكليات الأحكام . أضاع حقوقاً كثيرة على أصحابها وحكم بما يعلم الناس بطلانه، ولا يشكون فيه ، اعتماداً منه على نوع ظاهر ، لم يلتفت إلى باطنه وقرائن أحواله)[606].

ولا شك أن العمل بالقرائن فيه توطيد لأركان العدالة ، ورعاية لمصالح الناس خصوصاً في هذا العصر الذي ساعد تقدم العلم والطب والعمران على اكتشاف وسائل يمكن التمييز بها بين بصمات الأيدي ، ومعرفة أن الإصابة من الخلف أو الأمام ، ويمكن التمييز بين دماء الحيوانات المختلفة وبينها وبين دم الإنسان ، وتحديد الوقت الذي مضى على إراقة هذا الدم في الدماء المراقة حديثاً ، وغير ذلك من المكتشفات التي لا يمكن إهمال شأنها وأهميتها مما يؤازر المنتصرين لجواز الأخذ بالقرائن ويعضد مذهبهم[607].

اختلاف الفقهاء الذين يرون الأخذ بالقرائن فيما يُقضي به :

اختلف الفقهاء الذين يرون الأخذ بالقرائن والعمل بها على قولين[608].

([605]) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزيه ، المرجع السابق ، ص10 ـ 11 .

([606]) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزيه ، المرجع السابق ، ص4 .

([607]) من طرق الإثبات للبهي ، المرجع السابق ، ص87 .

([608]) النظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص323 وما بعدها .

فيذهب ابن القيم وابن الغرس إلى الأخذ بها في جميع الجرائم من حدود وقصاص في القول الأول ويذهب المالكية إلى العمل بقرائن معينة لثبوت بعض الحدود فقط في القول الثاني .

أدلة أصحاب القول الأول :

ويستدلون بالأدلة التي سبق أن أوردناها للذين يرون الأخذ بالقرائن على وجه العموم .

أما أدلة أصحاب القول الثاني :

واستدلوا بقول عمر بن الخطاب في رواية عنه (والرجم واجب على كل من زنى من الرجال والنساء إذا كان محصناً إذا قامت البينة ، أو كان الحبل ، أو الاعتراف)[609].

وقوله (إني وجدت من فلان ريح شراب ، وأنا مسائل عما شرب فإن كان يسكر جلدته ، فجلده الحد تاماً)[610].

وروي أن عثمان أتى بامرأة ولدت لستة أشهر فأمر بها عثمان أن ترجم ، فقال علي : ليس لك عليها سبيل ، قال الله تعالى : ((وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا))[611] . وهذا يدل على أنه كان سوف يرجمها بحملها[612].

وروي عن علقة أنه قال : كنت بحمص فقرأ ابن مسعود سورة يوسف ، فقال رجل ما هكذا أنزلت ، فقال عبد الله ، والله لقرأتها على رسول الله فقال أحسنت ، فبينما هو يكلمه إذ وجد منه ريح شراب ، فقال أتشرب الخمر ، وتكذب بالكتاب فضربه الحد)[613].

لذلك اعتبروا أصحاب هذا القول ظهور الحبل قرينة يقام عليها الحد على من وجدت كذلك ولم يكن لها زوج ولا سيد مقر بوطئها ، ولم تكن غريبة ، ولم تقم قرينة على دعواها الغصب في ذلك . واعتبروا أيضاً ظهور رائحة الخمر في الفم أو قيئها قرينة يقام بها الحد[614].

الترجيح في ذلك :

ونؤيد ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من العمل بالقرائن على وجه العموم ، إلا أنه يجب على القاضي مراعاة أن الحدود شرعت للستر والمساهلة ، والرسول

---

(609) المغني لابن قدامه ، المرجع السابق ، ص192 وما بعدها .

(610) شرح موطأ الإمام مالك لأبي الوليد الباهي (مطبعة السعادة، ط1، 1332هـ) ج3 ، ص141 والنظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص325 .

(611) سورة الأحقاف : آية 15 .

(612) المغني لابن قدامه ، المرجع السابق ، نفس الصفحة .

(613) نيل الأوطار للشوكاني ، المرجع السابق ، ج7 ، ص125 .

(614) النظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد، المرجع السابق، ص324 وتبصرة الحكام لابن فرحون، المرجع السابق، ج2، ص302.

صلى الله عليه وسلم يقول (فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة)[615].

تقسيمات القرائن في الشريعة الإسلامية[616]:

أ ـ من حيث المصدر :

وتتقسم القرائن من حيث مصدرها إلى قرائن شرعية وقرائن قضائية :

1 ـ القرائن الشرعية : وتتقسم كذلك إلى قرائن نصية وقرائن فقهية فالقرائن النصية وهي التي نص عليها الشارع سواء في القرآن الكريم أو في السنة النبوية ، وجعلت دليلاً على أمر معين .

أما القرائن الفقهية فهي التي استنبطها الفقهاء من الأحكام القضائية بحيث اعتبروها دليلاً من أدلة الإثبات في المسائل الجنائية .

ومن أمثلة القرائن النصية من القرآن الكريم قوله تعالى : ((وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْرًا))[617].

ومن السنة النبوية قوله صلى الله عليه وسلم (الولد للفراش وللعاهر الحجر)[618].

ومن أمثلة القرائن الفقهية الحمل بالنسبة للمرأة التي لا زوج لها ، ولم تدع الإكراه، فيطبق عليها الحد بذلك .

2 ـ القرائن القضائية : وهي التي يستنبطها القضاة بحكم ممارستهم القضاء ومعرفتهم الأحكام الشرعية التي تكون لديهم ملكة يستطيعون بها الاستدلال في القضايا كاستدلال الرسول صلى الله عليه وسلم لمعاذ بن عمرو بن الجموح وحكم له بسلبه عند ما قتل أبي جهل .

ب ـ من حيث قوتها في الإثبات :

وتتقسم القرائن من حيث قوتها في الإثبات إلى قرائن قطعية وقرائن ظنية وقرائن ضعيفة.

1 ـ القرائن القطعية : وهي الأمارات البالغة حد اليقين أو هي التي تصير الأمر في حيز المقطوع به . فقرينة الرائحة تدل دلالة قاطعة على الشرب .

2 ـ القرائن الظنية : وهي القرائن غير القطعية فهي التي ترجح أحد المتخاصمين فهي ليست قاطعة بحيث يحكم بها القاضي وليست ضعيفة بحيث لا يعول عليها .

3 ـ القرائن الضعيفة : وهي التي يجب ألا يعول عليها القاضي شيئاً ، فلا يؤخذ بها في بناء الأحكام القضائية .

---

(615) نيل الأوطار للشوكاني ، المرجع السابق ، رقم 3116 ، ص121 وتحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي ، المرجع السابق ، رقم 1444 ، ص572 ـ 573 .

(616) حجية القرائن للترهوني ، المرجع السابق ، ص124 وما بعدها . والنظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص974 وما بعدها والسلطة القضائية في الإسلام لعليان ، المرجع السابق ، ص264 وما بعدها .

(617) سورة يوسف ، الآية : 18 .

(618) صحيح مسلم بشرح النووي ، المرجع السابق ، ج10 ، ص36 .

ج ـ من حيث مدلولاتها :

وتتقسم القرائن من حيث مدلولاتها إلى قرائن عقلية وقرائن عرفية :

1 ـ القرائن العقلية : وهي التي تكون النسبة بينها وبين مدلولاتها ثابتة ليستنتجها العقل دائماً كوجود المسروقات عند المتهم بالسرقة . فالقرائن الشرعية غالباً ما تكون عقلية أو عرفية لأن القضاء يستأنس بجميع الأدلة[619].

2 ـ القرائن العرفية : وهي التي تكون النسبة بينها وبين مدلولاتها قائمة على عرف أو عادة متبعة .

د ـ من حيث علاقتها بالواقعة المراد إثباتها :

وتتقسم القرائن تبعاً للواقعة المراد إثباتها إلى قرائن إيجابية وقرائن سلبية

1 ـ القرائن الإيجابية وهي القرائن التي تثبت أن المتهم قد اقترف الجريمة المعاقب عليها حداً أو قصاصاً أو تعزيراً .

2 ـ القرائن السلبية : وهي التي تنفي وتدحض القرينة الإيجابية أو التي تثبت عدم اقتراف المتهم للجريمة المنسوبة إليه .

فالإيجابية في صالح المدعي والسلبية في صالح المدعى عليه (المتهم).

المطلب الثاني : المصادر غير المباشرة في القانون الوضعي :

الفرع الأول : اليمين :

اليمين القضائية في القانون الوضعي نوعان :

1- **اليمين المتممة :** وهي التي يجوز للقاضي أن يوجهها لأحد الخصمين تتميماً للأدلة ، وهذه لا يترتب عليها في حالة النكول عنها أي حكم لأن للقاضي أن يعدل عن توجيهها إذا وجد ما يغنيه عن ذلك ، وله أيضاً عدم الأخذ بها حتى بعد تأديتها ، وهذه خاصة في القانون المدني .

2- **اليمين الحاسمة :** وهي التي يوجهها الخصم لخصمه عند عجزه عن إثبات حقه ، وهذه اليمين هي التي يعتبرون النكول عنها حجة على الممتنع عن أدائها[620].

واليمين المتممة ما هي إلا مكملة أو متممة لأدلة يريد أن يكملها القاضي ليطمئن إلى الحكم بها وليس ملزم بأن يحكم بمقتضاها . ولذلك يجوز توجيهها في

([619]) الزرقاء ، مصطفى أحمد ، المدخل الفقهي العام ، (دمشق ، مطبعة جامعة دمشق ، ط7 ، 1963م) ، ص916 .

([620]) من طرق الإثبات للبهي ، المرجع السابق ، ص67 .

الدعوى المدنية لأن هذه الدعوى متعلقة بمصلحة خاصة بحقه وبالتالي يجوز النزول عنها .

أما اليمين الحاسمة فلا يجوز للقاضي النزول عنها بمجرد عرضها ، كما أنه لا يجوز للمتهم من ناحية أخرى أن ينزل عن حقه في الدفاع واعتباره بقوة القانون مداناً بناءً على اعتراف أو يمين أو رفضه الحلف اليمين لأن من المقرر قانوناً كمبدأ عام حظر تصرف الأفراد في أشخاصهم أو أجسامهم أو حرياتهم ، فمن المحظور مثلاً تأجير الإنسان خدماته للغير مدى الحياة ومن باب أولى لا يجوز له أن ينزل عن حريته بتصريح تكون له قوة تدليلية مطلقة[621].

ولذلك فالأسباب التي تفسر القيمة التدليلية المطلقة للاعتراف القضائي في الإثبات هي ذاتها التي تفسر قوة اليمين الحاسمة الموجهة إلى خصم إذ يعد توجيهها والحلف بها دليلاً حاسماً ، فهو يعد من قبيل الترك والصلح والاحتكام المطلق إلى ذمة الخصم[622].

والدعاوى التي توجه فيها اليمين في القانون الوضعي خاصة بالدعوى التي تكون منتجة فيها ، فلا يتم توجيه اليمين الحاسمة عند رجال القانون إلا إذا كانت منتجة . ولذلك منعوا توجيهها لإثبات أمر لا يقضي به القاضي على فرصة ثبوته كدين القمار أو المراهنة، ولا يتم توجيهها كذلك فيما يعتبر من النظام العام ، لأن ذلك غير قابل للصلح أو التنازل عنه .

ويبرأ جانب الخصم الذي توجه إليه هذه اليمين بأحد شيئين : إما بالحلف ، وإما برد اليمين على خصمه ، وفي حالة الرفض يشترط أن تكون الواقعة المتنازع فيها مشتركة بين الطرفين ليست خاصة بمن وجهت إليه اليمين ، وإلا فلا يمكن في هذه الحالة ردها ، وذلك كما إذا وجد وارث في مذكرات الموروث الخصوصية مذكرة بدين على آخر فرفع عليه دعوى يطالب به فأنكره فوجه إليه اليمين ، فإن المدعى عليه لا يمكنه في هذه الحالة رد اليمين على الوارث ليحلف بصحة الدين ، وإنما يجوز له في هذه الحالة أن يطلب من الوارث أن يحلف أنه لا يعلم بعدم صحته .

أما إذا وجهت اليمين إلى الخصم ورفض أن يحلف ولم يردها على خصمه عد في هذه الحالة ناكلاً عن اليمين وحكم بثبوت الحق عليه ، وكذلك إذا امتنع الخصم المردودة عليه اليمين عن الحلف فإنه يعد ناكلاً أيضاً ويجب على القاضي الحكم عليه بالنكول لأن النكول عن اليمين يعد اعترافاً وهذا في الدعاوى الجنائية[623].

ويلاحظ أن اليمين الحاسمة في بعض القوانين تعتبر دليلاً كاملاً في مصلحة الناطق بها بعد توجيهها إليه من الطرف الآخر ، وهذا المبدأ مقرر في القانونين الجنائي والمدني في النظام الأنجلو سكسوني بصفة عامة ، وفي كثير من قوانين القارة إلا أن مبدأ حرية الإثبات في الجنائي هو الذي أدى إلى هذا الاختلاف عند تطبيقه ، وكذلك إلغاء نظام الأدلة القانونية في الإثبات في الجنائي استتبع عدم توجيه

---

(621) الإثبات بين الازدواج والوحدة لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص101 .

(622) الإثبات بين الازدواج والوحدة لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص95 .

(623) من طرق الإثبات للبهي ، المرجع السابق ، ص68 ـ 69 .

اليمين إلى المتهم ، ومع ذلك نجد أن القانون الإنجليزي يجيز تحويل المتهم إلى شاهد بناءً على رغبته وتحليفه اليمين باعتباره كذلك إلا أن أقواله في النهاية خاضعة لتقدير القاضي[624].

وفي التشريعات اللاتينية لا يجوز تحليف المتهم اليمين ، كما أن الشاهد الذي سبق وحلف اليمين ثم اتجه الاتهام إليه لا يؤخذ بأقواله السابقة ولا يعتد بها ولو سبقها اليمين[625].

وفي قانون الإثبات المصري رقم 25 لعام 1968م نظم أحكام اليمين في المواد من 114 إلى 130 ، وأجاز في المادة 114 أنه (لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر على أنه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها ، ولمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه على أنه لا يجوز الرد إذا انصبت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين) .

وبينت المادة 115 شروط توجيه اليمين والحالات التي توجه فيها اليمين كما أجاز توجيه اليمين في أي حالة كانت عليها الدعوى .

وبينت المادة 116 أن القانون يمنع بعد توجيه اليمين أو ردها أن يرجع عن ذلك متى قبل خصمه أن يحلف .

وبينت المادة 117 أنه إذا حلف اليمين من وجهت إليه كان مضمون الحلف حجة ملزمة للقاضي فلا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤديها الخصم الذي وجهت إليه أو ردت عليه .

وبينت المادة 118 أن كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون أن يردها على خصمه ، وكل من ردت إليه فنكل عنها خسر الدعوى .

ثم نظم قانون الإثبات من المادة 119 وما بعدها أحكام اليمين المتممة والخاصة في الدعاوى المدنية[626].

وفي القانون السوداني نصت المادة 218 على أنه لا يجوز تحليف المتهم اليمين والمادة 119 على أنه لا يجوز أن يطلب من الشخص المعترف أداء اليمين[627].

ويتبين لنا أن القانون الوضعي يحاول مجاراة الشريعة الإسلامية في أحكام اليمين في إثبات الدعوى الجنائية ، ومع ذلك لم يصل إلى الآن إلى ما وصلت إليه الشريعة في التطبيق الفعلي لأحكام اليمين .

الفرع الثاني : قضاء القاضي بعلمه :

([624]) الإثبات بين الازدواج والوحدة لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص93 و ص100 - 101 . ونظرية الاقتناع الذاتي لمفيدة سويدان ، المرجع السابق ، ص249 .

([625]) الوسيط لأحمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص410 .

([626]) نظام إثبات الدعوى لعلي رسلان ، المرجع السابق ، ص257 .

([627]) نظرية الاقتناع الذاتي لمفيدة سويدان ، المرجع السابق ، ص250 .

سلك القانون الوضعي مسلك الشريعة الإسلامية في منع القاضي من القضاء بعلمه، وذلك لنفس الأسباب التي ذكرناها وأستند إليها فقهاء الشريعة الإسلامية لمنع القاضي من القضاء بعلمه ، والتي من بينها الخوف من قُضاة السوء ، وجورهم في الأحكام واستغلال سلطتهم التقديرية للتشفي من خصومهم أو الذين يكنون عليهم حقداً ، أو عداوة أو غير ذلك ، فقطعوا بذلك الطريق إلى تهمة القاضي أو التقليل من شأنه ونزاهته ، وعدم احترامه وإنزاله بالمنزلة اللائقة به ليقضي بين الناس بالحق ولا غيره .

فبالرغم من السلطة التقديرية الكبيرة التي خولها القانون الوضعي للقضاة حيث منح القاضي سلطة مطلقة في تقدير وسائل الإثبات ، وخوله حرية تكوين اقتناعه من الوقائع المعروضة عليه ، إلا أن القانون الوضعي قدر النتائج السيئة التي تنتج عن السماح للقضاة بالحكم بعلمهم ، وما يترتب عليه من مفاسد ومظالم ، وما ينشأ عنه من تحكم باتخاذه وسيلة للكيد والتعسف ، لذلك فقد منع القانون القضاء بعلم الحاكم[628].

ولذلك نص قانون البيانات السوري في المادة الثانية منه على أنه (ليس للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي)[629].

وكذلك جاء في الفصل 23 من القانون التونسي المتعلق بالتنظيم القضائي منع القضاة صراحة من الاستناد في أحكامهم لما بلغ إلى علمهم الشخصي من أمور[630].

وكذلك سرى القضاء في مصر على منع القاضي أن يقضي بعلمه[631] . فلا يجوز للقاضي أن يبني قناعته على ما يكون قد اطلع عليه من وقائع خارج المحكمة وفي غير أطراف النزاع ، أما ما يطلع عليه بحكم ولايته بعد عرض النزاع على المحكمة وما يستنبطه منها من وجوه الحكم فيصح ، لأن علمه فيها حصل بصورة رسمية ، كما أجاز القانون للحاكم أن يحكم على من يخل بحرمة المحكمة[632].

وسبب ذلك أن علمه يكون دليلاً ، فيحق للخصوم مناقشته ، وهذا لا يجوز[633].

والقانون الفرنسي كذلك يلزم القاضي بتأسيس قراره على الوقائع التي أدلى بها الخصوم دون سواها ، وكذلك القانون الإنجليزي والقانون الأمريكي[634].

وكما في الشريعة الإسلامية فكذلك القانون الوضعي لا يعد العلم الذي حصل للقاضي من خلال خبرته بالشئون العامة ، وكذلك المعلومات التي يعلمها عوام الناس

([628]) وسائل الإثبات للزحيلي ، المرجع السابق ، ص588 .

([629]) وسائل الإثبات للزحيلي ، المرجع السابق ، نفس الصفحة والمزغني ، رضا ، أحكام الإثبات (الرياض ، معهد الإدارة العامة، إدارة البحوث ، 1405هـ ـ 1985م) ص124 .

([630]) أحكام الإثبات لرضا المزغني ، المرجع السابق ، ص124 .

([631]) الوسيط للسنهوري ، المرجع السابق ، ج2 ، ص30 ورسالة الإثبات لأحمد نشأت ، المرجع السابق ، ص17 .

([632]) وسائل الإثبات للزحيلي ، المرجع السابق ، ص588 .

([633]) الوسيط للسنهوري ، المرجع السابق ، ج2 ، ص33 .

([634]) رسالة الإثبات لأحمد نشأت ، المرجع السابق ، ص17 وأحكام الإثبات لرضا المزغني ، المرجع السابق ، ص123 .

والحقائق العلمية الثابتة ، فلا تعد من قبيل علم القاضي الذي لا يحق له القضاء به[635].

الفرع الثالث : القرائن :

التعريف القانوني للقرائن :

عرفت القرينة بأنها استنتاج الواقعة المراد إثباتها من وقائع أخرى تؤدي إليها بحكم الضرورة وبحكم اللزوم العقلي[636].

وعرفها البعض بأنها الصلة الضرورية التي ينشئها القانون بين وقائع معينة ، أو هي نتيجة يتحتم على القاضي أن يستنتجها من واقعة معينة[637].

وعرفها البعض بأنها حكم ينشئه القانون على خلاف الواقع إنشاءً ويتحتم على القاضي الجنائي أن يستخلصها من واقعة معينة[638].

وعرفها البعض بأنها صلة ضرورية بين واقعتين يكون ثبوت الأولى فيها دليلاً على حدوث الثانية ، أو صلة بين واقعة ونتيجتها يكون ثبوت الواقعة فيها دليلاً على حدوث نتيجتها[639].

وعرفها البعض بأنها استنتاج حكم على واقعة معينة من وقائع أخرى وفقاً لمقتضيات العقل والمنطق[640].

وعرفها البعض بأنها استنتاج الواقعة المراد إثباتها من وقائع ثابتة[641].

كما عرفت القرينة في القانون المدني الفرنسي من خلال المادة 1349 بأنها النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة[642].

ونؤيد ما ذهب إليه الدكتور أحمد الترهوني في تعريف القرينة ، كما أشرنا سابقاً في تعريف القرينة عند فقهاء الشريعة الإسلامية[643]. فهو تعريف شامل وجامع للقرينة من حيث الشرع والقانون .

موقف علماء القانون من العمل بالقرائن في القضايا الجنائية :

---

(635) من طرق الإثبات لأحمد البهي ، المرجع السابق ، ص147 .

(636) شرح قانون الإجراءات الجنائية لمحمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، بند 521 ، ص498 ورمضان ، عمر السعيد ، مبادئ قانون الإجراءات الجنائية (القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1984م) ، ص132 .

(637) مبادئ الإجراءات الجنائية لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص726 .

(638) نظم الإجراءات الجنائية لجلال ثروت ، المرجع السابق ، ص520 .

(639) الإجراءات الجنائية لمحمد زكي أبو عامر ، المرجع السابق ، ص934 .

(640) الإجراءات الجنائية لمأمون سلامة ، المرجع السابق ، ج2 ، ص214 .

(641) المبادئ الأساسية للتحقيقات والإجراءات الجنائية لعلي زكي العرابي ، المرجع السابق ، بند 958 ، ص701 .

(642) النظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص945 ـ 946 وحجية القرائن في الإثبات الجنائي للترهوني ، المرجع السابق ، ص96 . والوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ، المرجع السابق ، ص328 ـ 329 .

(643) راجع ص 166 من هذه الدراسة .

اختلف علماء القانون كما في الشريعة الإسلامية في العمل بالقرائن إلى قولين: أحدهما لا يرى العمل بالقرائن في بناء الأحكام القضائية والآخر يرى العمل بالقرائن في بناء الأحكام القضائية[644].

القول الأول : ويرى بأن القانون الجنائي يتعارض بطبيعته مع الافتراضات والقرائن وبالتالي لا يجوز الاعتماد عليها في بناء الأحكام القضائية .

فيرى الفقيه الإيطالي جيوفاني ليوني أنه لا يجوز الإثبات بالقرائن والتعويل عليها في بناء الأحكام الجنائية إلا إذا تعذر الإثبات بالأدلة المباشرة ، أما إذا كان باستطاعة المحكمة الحصول على دليل من الأدلة المباشرة ، ولو بعد عناء ومشقة لا جوز الالتجاء إلى القرائن في الإثبات[645].

ويرى البعض أن الإثبات بالقرائن لا يجوز الالتجاء إليه ، إلا حيث ينتفي إمكان الإثبات بالأدلة المباشرة ، وذلك لأن الإثبات بالقرائن غير القانونية يحوطه الإحساس بالضآلة في مواجهة المجهول مما لا يصح معه أن يبقى القاضي ضحية الإيحاء لنفسه بالرغبة في أن يظفر فيما يظن أنه الحقيقة ، ولا يمكن استخلاصها بغير العقل والمنطق[646].

وقد وجه انتقاداً إلى محكمة النقض الإيطالية عندما ذهبت في أحد أحكامها إلى أنه لم تعد هناك تفرقة بين الأدلة المباشرة والقرائن[647].

ويلاحظ أن بعض أصحاب هذا الرأي لا يرون الالتجاء إلى القرائن إلا في حالة تعذر الأدلة المباشرة ، أما إذا وجدت الأدلة المباشرة فلا يجوز لها الالتجاء إلى القرائن مطلقاً[648].

القول الثاني : ويرى جواز الالتجاء إلى القرائن في بناء الأحكام الجنائية مطلقاً ، سواء بوجود الأدلة المباشرة أو عدم وجودها ، بل واعتبارها دليلاً من أدلة الإثبات الأصلية في المسائل الجنائية[649].

ويقول علماء القانون الذين يرون الأخذ بالقرائن في ذلك أنه يجوز أن يكون عماد القضاء في الأحكام الجنائية مجرد قرائن مجتمعة ، وترتقي هذه القرائن في نظر القاضي إلى دليل يقنعه بصحة حدوث الواقعة من عدمها[650].

كما أنه لا يجوز للمحكمة أن تستند في حكمها على قرينة واحدة ، ولكن يجوز ذلك إذا كانت هناك عدة قرائن مجتمعة ومتعددة في الدعوى ، لأن القرينة الواحدة لا ترقى إلى مرتبة الدليل التام ، بعكس القرائن المتعددة فإنها تكفي وحدها للإدانة ، ولو لم يوجد دليل آخر في الدعوى[651].

([644]) النظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص939 ـ 940 .

([645]) حجية القرائن في الإثبات الجنائي للترهوني ، المرجع السابق ، ص167 .

([646]) الوسيط في قانون الإجراءات لأحمد سرور ، المرجع السابق ، ص349 .

([647]) حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته لموسى رحومة ، المرجع السابق ، ص81 .

([648]) حجية القرائن في الإثبات الجنائي للترهوني ، المرجع السابق ، ص167 .

([649]) حجية القرائن في الإثبات الجنائي للترهوني ، المرجع السابق ، ص168 .

([650]) أصول الإجراءات الجنائية لحسن المرصفاوي ، المرجع السابق ، ص753 .

([651]) الإجراءات الجنائية لمأمون سلامة ، المرجع السابق ، ص17 .

وفي القانون الإنجليزي يرى أن القرائن أصدق من الشهود ، لأن الوقائع لا يمكن أن تكذب ، فهي الشاهد الصامت الذي يشير إلى مرتكب الجريمة ، من أجل إلقاء الضوء الذي ينير وجدان القاضي ، ويوجهه ناحية آثار معينة ، يتبعها من أجل الوصول إلى الحقيقة[652].

وقد استقرت محكمة النقض المصرية على أن القرائن تعتبر دليلاً من أدلة الإثبات الأصلية في المواد الجنائية ، وعلى قدم المساواة مع أدلة الإثبات الأخرى ، وجميع الأدلة تخضع لتقدير القاضي الجنائي ، حيث ذهبت إلى القول بأن القرائن تعتبر أدلة غير مباشرة للقاضي أن يعتمد عليها وحدها في استخلاص ما تؤدي إليه[653].

الترجيح في ذلك :

ونؤيد الرأي الذي يذهب إلى جواز القضاء بالقرائن ولو لم تكن هناك أدلة مباشرة قائمة في الدعوى ، وذلك لاعتبار أن القرائن في بعض الأحوال أقوى من الأدلة المباشرة، كالإقرار أو الشهادة ، وخاصة في هذا العصر الذي يكثر فيه الإجرام ، والفساد ، وشهادة الزور ، وخاصة أن استنباط القرائن يتم من وقائع مادية ثابتة ومحسوسة ، فإذا كانت الأدلة المباشرة يتطرق إليها الكذب ، فإن الوقائع المادية التي تستنبط منها القرائن لا يتطرق إليها الكذب[654].

تقسيمات القرائن في القانون الوضعي :

يقسم العلماء في القانون الوضعي القرائن إلى عدة أقسام بحسب مصدرها وبحسب قوتها في الإثبات وبحسب علاقتها بالواقعة كما سبق ذلك في تقسيمات القرائن في الشريعة الإسلامية .

أ - من حيث المصدر :

يقسم علماء القانون القرائن من حيث مصدرها إلى قرائن قانونية (وهي ما تقابل القرائن الشرعية في الشريعة الإسلامية) ، وقرائن قضائية .

1 - القرائن القانونية :

وهي ما يستنبطه المشرع نفسه ، مما يغلب وقوعه عملاً في نوع معين من الحالات ، وينص عليه في صيغة عامة ومجردة[655].

وهي تلك المستمدة من نصوص قانونية صريحة ، وأغلبها قاطع يقيد الخصوم والقاضي معاً ، فلا يمكن المجادلة في صحته أو إثبات عكسه[656].

والقرائن القانونية إما أن تكون قرائن قاطعة فلها حجية مطلقة في الإثبات كقرينة عدم بلوغ سن السابعة فهي قرينة على عدم التمييز أو عدم بلوغ سن الثامنة

---

(652) النظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص963 .

(653) طعن جنائي رقم 24/642 ق جلسة 1954/12/6م ، محكمة النقض المصرية ، العدد 2 ، س265 ، ص18 ، حجية القرائن في الإثبات الجنائي للترهوني ، المرجع السابق ، ص170 .

(654) حجية القرائن للإثبات الجنائي للترهوني ، المرجع السابق ، ص170 .

(655) حجية القرائن في الإثبات الجنائي للترهوني ، المرجع السابق ، ص136 .

(656) مبادئ الإجراءات الجنائية لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص726 .

عشرة في تحديد الاختصاص ، فهي قرينة قاطعة على جعل الاختصاص لمحكمة الأحداث وليس لقاضي آخر ، أو تكون قرائن غير قاطعة فهي تقبل إثبات عكسها ومثال ذلك وجود أجنبي في بيت مسلم في المكان المخصص للحريم ، فهي قرينة على ارتكاب جريمة الزنا ولكنها قرينة غير قاطعة لأنها تقبل إثبات العكس بأن المتهم لم يزني[657].

2 ـ القرائن القضائية :

وهي دليل يستنبطه القاضي ، أو سلطة الاتهام ، أو الدفاع من واقعة معلومة ثابتة لإثبات واقعة مجهولة ، لوجود علاقة السببية بين الواقعتين ، وفقاً لقواعد العقل والمنطق[658].

والقرائن القضائية تسميها محكمة النقض بقرائن الأحوال ويطلق عليها البعض لفظ الدلائل ، وهي القرائن التي يستخلصها القاضي من الوقائع الثابتة أمامه بطريق الاستنتاج وترتيب النتائج على المقدمات وهي بذلك لا تدخل تحت حصر بل هي من صميم عمل القاضي[659]، كاستخلاص القاضي اشتراك عدة أشخاص في سرقة ، وذلك بقرينة وجودهم مع من يحمل المسروقات سارين معه في الطريق ودخولهم في منزل واختفاءهم فيه[660].

ب ـ من حيث علاقتها بالواقعة المراد إثباتها :

ويقسم العلماء القرائن بحسب الواقعة المراد إثباتها إلى قرائن إيجابية وتسمى المثبتة وقرائن سلبية وتسمى النافية .

فالقرائن الإيجابية وهي التي تثبت أن المتهم قد اقترف الجريمة المسندة إليه ، وهي التي يستنبطها القاضي الجنائي والتي تستنبطها سلطة الاتهام في مرحلة التحقيق الابتدائي.

والقرائن السلبية هي القرائن التي تنفي وتدحض التهمة المسندة على المتهم ، وهي التي يستنبطها القاضي الجنائي ليعتمد عليها في الحكم ببراءة المتهم[661].

ج ـ من حيث قوتها في الإثبات :

ويقسم العلماء القرائن من حيث قوتها في الإثبات إلى قرائن قاطعة وقرائن غير قاطعة . وتدخل في القرائن القانونية . فالقرائن القاطعة هي التي لا يمكن إثبات عكسها ، والقرائن غير القاطعة هي التي يكون بالإمكان إثبات عكسها[662].

([657]) نظم الإجراءات الجنائية لجلال ثروت ، المرجع السابق ، ص520 .

([658]) حجية القرائن في الإثبات الجنائي للترهوني ، المرجع السابق ، ص137 .

([659]) الإجراءات الجنائية لأبي عامر ، المرجع السابق ، ص935 ـ 936 .

([660]) نقض 1945/3/19 القواعد القانونية ، ج6 ق527 ، ص665 ، الإجراءات الجنائية لأبي عامر ، المرجع السابق ، ص93.

([661]) حجية القرائن في الإثبات الجنائي للترهوني ، المرجع السابق ، ص139 ـ 140 .

([662]) ولمزيد من تقسيمات القرائن أنظر حجية القرائن في الإثبات الجنائي للترهوني ، ص140 وما بعدها .

الفصل الثالث

مشروعية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي

المبحث الأول: تقيد القاضي الجنائي بالمبادئ العامة في التحقيق.

المطلب الأول : المبادئ العامة التي يجب على القاضي التقيد بها .

أولاً : تقيد القاضي بالحيادية .

ثانياً : تقيد القاضي بالاختصاص .

ثالثاً : تقيد القاضي بالمساواة بين الخصوم .

رابعاً : تقيد القاضي بمبدأ حرية الدفاع للخصوم .

خامساً : تقيد القاضي بعلانية المحاكمة والنطق بالحكم في جلسة علنية .

سادساً : تقيد القاضي الجنائي بتسجيل محاضر الجلسات .

المطلب الثاني : ما تميزت به الشريعة الإسلامية على النظم الوضعية في تقرير هذه المبادئ .

المبحث الثاني: مشروعية الأدلة الجنائية المقدمة في الدعوى.

المطلب الأول : مشروعية الأدلة المقدمة في الدعوى في الشريعة الإسلامية .

المطلب الثاني : مشروعية الأدلة المقدمة في الدعوى في القانون الوضعي .

الفصل الثالث

مشروعية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي

تمهيد وتقسيم :

لكي يكتسب الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي صفة المشروعية لابد وأن يتقيد القاضي الجنائي بمبادئ عامة في التحقيق بالإضافة إلى مشروعية الأدلة التي يخوض القاضي الجنائي في تحقيقها والتأكد منها ، سواء الأدلة المقدمة من المدعي أو الأدلة المفندة التي يقدمها المدعى عليه أو وكيله .

ولذلك لابد وأن تتصف هذه الأدلة بالمشروعية وأن تكون إجراءاتها مشروعة حتى يصل القاضي الجنائي إلى الحكم النهائي بطريقة مشروعة ويكتسب الحكم الصفة القطعية.

والجدير بالملاحظة أنه في حالة الاعتراض من أحد الخصوم على الحكم فإنه يستند إلى عدم المشروعية أياً كان نوع الاعتراض .

فقد يعترض على عدم تقيد القاضي بمبدأ معين من المبادئ التي يجب أن يتقيد بها أو يعترض على عدم مشروعية دليل معين تم تقديمه إلى القاضي وحكم بموجبه عليه .

ولذلك سوف نقسم مشروعية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي إلى مبحثين رئيسيين نتناول من خلال المبحث الأول تقيد القاضي الجنائي بالمبادئ العامة في التحقيق ، وفي المبحث الثاني مشروعية الأدلة المقدمة في الدعوى .

المبحث الأول

تقيد القاضي الجنائي بالمبادئ العامة في التحقيق

تمهيد :

يحمل القاضي الجنائي على عاتقه أثناء التحقيق في الدعوى الجنائية مهمة عظيمة وجسيمة ويتمثل ذلك في مهمة فحص الأدلة وتقديرها ووزنها وترجيح كفة هذه الأدلة لمصلحة أحد طرفي الخصومة لإعطاء كل ذي حق حقه بلا ميل ولا حيف ، ومبتغاه هو العدل ولا شيء غيره .

ولذلك حرصت الشريعة الإسلامية على أن يتمتع القاضي الجنائي بمميزات وصفات شخصية تميزه عن غيره ويبدوا ذلك واضحاً من خلال اشتراط الشريعة شروطاً معينة[663].

ولذلك سوف نعرض أهم المبادئ العامة التي يجب على القاضي بوجه عام أن يتقيد بها في المطلب الأول ، ثم نبين ما تميزت به الشريعة الإسلامية على النظم الوضعية في تقرير هذه المبادئ في مطلب ثان .

المطلب الأول :

فالمبادئ العامة التي يجب على القاضي التقيد بها هي :

أولاً : تقيد القاضي بالحيادية :

فلا بد للقاضي أن يكون حيادياً فلا يميل ولا يحيف لأحد الخصوم ، ولذلك أوردت الشريعة الإسلامية ضمانات حياد القاضي بما يلي[664]:

1- أن الشريعة الإسلامية لم تجز للقاضي أو الحاكم أن يقضي لزوجته لوجود تهمة المحاباة التي تفقد القضاء الحياد .
2- ومنعت أن يحكم القاضي لأصوله وفروعه .
3- ومنعت القاضي أن يحكم لأخيه أو أخته .
4- لم تخوله أن يحكم لوكيله أو لنفسه .
5- لم تخوله أن يحكم لغريمه المفلس لأنه قد يتساهل في الحكم ويحكم له بدافع أن المال راجع له .
6- لا يجوز له أن يحكم لشريكه فيما يخص مال الشركة .
7- لا يجوز له أن يحكم على شخص بينه وبين القاضي عداوة دنيوية .

---

(663) والشروط الواجب توفرها فيمن يولى القضاء هي : 1 – الإسلام 2 – البلوغ 3 – العقل 4 – الحرية 5 – الذكورة 6 – العدالة 7 – البصر 8 – النطق 9 – السمع 10 – العلم .

راجع في ذلك الأحكام السلطانية للماوردي ، المرجع السابق ، ص83 وما بعدها . والأحكام السلطانية لأبو يعلي، المرجع السابق ، ص60 وما بعدها ومنار السبيل لابن ضويان ، المرجع السابق ، ص405 وما بعدها . والسلطة القضائية في الإسلام لشوكت عليان ، المرجع السابق ، ص107 وما بعدها . والقضاء في الإسلام لأبو فارس ، المرجع السابق ، ص36 وما بعدها . وأحمد ، فؤاد عبد المنعم والحسين علي غنيم ، الوسيط في التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي مع التطبيق الجاري في المملكة السعودية ومصر والكويت (الإسكندرية ، مؤسسة شباب الجامعة ، بدون تاريخ نشر) ص80 وما بعدها . والمهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي ، المرجع السابق ، ص407 وما بعدها .

(664) القضاء في الإسلام لأبو فارس ، المرجع السابق ، ص217 .

8- لابد وأن يتفرغ القاضي للقضاء فلا ينشغل بتجارة أو أي مهنة غير القضاء لئلا يقع تحت تأثير من تربطه معهم مصالح وروابط مادية .

وليس المقصود بحياد القاضي هو عدم التحيز لأحد طرفي الخصومة فقط ولكن يتعدى ذلك إلى المدى الحقيقي لحيادية القاضي ، وإذا أردنا معرفة المدى الحقيقي لهذه الحيادية يجب أولاً أن نحدد طبيعة التنظيم القانوني لقواعد الإثبات التي يعمل القاضي في ظلها ، فإذا كان التنظيم مقيداً في الإثبات فإن دور القاضي يكون سلبياً بحتاً ، وإذا كان هذا التنظيم مطلقاً حراً في الإثبات يكون دور القاضي إيجابياً ، وبالتالي يكون له سلطة تقدير واسعة في الأخذ بالأدلة واستكمالها وتوجيه الخصوم ، أما إذا كان التنظيم مختلطاً فإن دور القاضي ينشط ويتمتع بقدر من السلطة في توجيه الخصوم والأخذ بالأدلة واستكمالها واستيضاح ما أبهم من وقائع بالرغم من أنه يعمل في ظل طرق إثبات محددة وقيمة كل منها مقدرة[665].

أي أن أي دليل يستند إليه القاضي في قضائه لابد وأن يكون مقدماً من أحد الخصوم ولابد أن يكون الخصم الآخر على علم به ، إذ لكل خصم الحق في مناقشة كل ما يقدم في الدعوى من أدلة . ولهذا لا تملك المحكمة أن تأخذ بدليل لم يعرض على الخصوم لمناقشته ، أو تأخذ بدليل لم يناقش في الدعوى المعروضة على القاضي ، ولو كان هذا الدليل قد تمت مناقشته في قضية سابقة ، ولذلك فإن البعض يمنع القاضي أن يحكم بمعلوماته الشخصية لأن في ذلك إخلالاً بمبدأ حيادية القاضي وحق الخصوم في مناقشة الدليل[666].

ثانياً : تقيد القاضي بالاختصاص :

لا يكفي أن يكون القاضي متمتعاً بولاية القضاء لكي يصبح ملتزماً بالفصل في الخصومة إذ لابد فوق ذلك أن يكون مختصاً بنظرها .

وهكذا إلى جانب الشروط الخاصة بتحديد صلاحية القاضي لتولي القضاء لابد من أن تتوافر الشروط الخاصة بالاختصاص .

والاختصاص من زاوية موضوعية هو المجال الذي يستطيع القاضي في إطاره أن يمارس نشاطه القضائي بصورة مشروعة[667].

فلابد للقاضي أن يتقيد بالاختصاص الذي حدده له ولي الأمر ولا يجوز له أن يتعدى ذلك إلى اختصاصات غيره ، وإذا حكم القاضي في قضية معينة ليست في اختصاصه كان حكمه باطلاً ، ولا يعول عليه . والاختصاصات[668] المحددة للقاضي

([665]) سعد ، نبيل إبراهيم ، المدخل إلى القانون ، الكتاب الثاني نظرية الحق (بيروت ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بدون سنة نشـر) ، ص236 .

([666]) هاشم ، محمود محمد ،القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية (الرياض ، النشر العلمي والمطابع بجامعة الملك سعود ، ط2 ، 1420هـ - 1999م) ص150 .

([667]) نظم الإجراءات الجنائية لجلال ثروت ، المرجع السابق ، ص326 .

([668]) بينت الشريعة الإسلامية الاختصاصات العامة للقاضي بأ ا : 1 - الفصل في المنازعات . 2 - العمل على إيصال الحقوق إلى مسـتحقيها بعد ثبو ا بالأدلة الشرعية . 3 - النظر في حال أولياء المحجور عليهم . 4 - النظر في الأوقاف 5 - النظر في أحوال الوصـايا . 6 - النظـر في تزويج الأيامى . 7 - المحافظة على أموال عديمي الأهلية . 8 - النظر في الجنايات وإقامة الحدود على مستحقيها . 9 - يتفقد أحـوال شـهوده ومزكيه وكتابه فينظر في تجريح الشهود وتعديلهم 10 - النظر في المصالح العامة . راجع في ذلك الأحكام السلطانية للماوردي ، المرجع السابق ،

هـي إمـا أن يكـون الاختصـاص نـوعي أو مكـاني أو الاختصـاص بزمـان معـين أو الاختصاص باعتبار أشخاص معينين .

فـإذا عـين ولـي الأمـر للقاضـي مكـان مخصـص يقضـي فيـه ، لا يجـوز لــه أن يتعداه إلـى غيـره فـإن قضـى القاضـي فـي مكـان خـارج نطـاق اختصاصـه فـإن حكمـه يكون باطلاً ، ولا يعول عليه ، وإنما حكمه دائماً مقصوراً على هذا المكـان فقط . أمـا إذا لم يعين ولي الأمر لـه مكاناً فيكون اختصاصه بذلك عاماً لجميع أنحـاء البلد ، فـإذا قضى في أي مكان منه أصبح حكمه نافذاً وصحيحاً .

وإذا خصـص ولـي الأمـر زمانـاً للقاضـي ليقضـي فيـه بـأن حـدد لـه يومـاً فـي الأسبوع أو يومان ، فللقاضي أن يقضي بما خصصـه لـه ولـي الأمـر ، لا يتعداه إلـى غيره ، فإن خصص له يوم السبت مثلاً فيقضـي فـي يـوم السبت ولا يقضـي فـي أيـام الأسبوع التالية له . وإلا كـان حكمـه فـي ذلـك بـاطلاً . أمـا إذا خصـص لــه ولـي الأمـر يومين أو ثلاثة أيام فيتقيد القاضـي بهذا التخصيص فـلا يقضـي فـي غيرهـا ولا يسمع أي دعوى في زمن غير الذي خصصه له ولي الأمر .

وإذا خصص ولـي الأمر أشخاصاً معينين أو نوع معين من الخصوم فلا يجوز للقاضي القضاء بغير ذلك . فإذا قال للقاضي لا تسمع خصومة فـلان حتـى أرجـع مـن سفري لم يجز له سماعها حتى يرجع ، أو قال لـه أقضـي فـي خصـومة فـلان وفـلان ، أو أقضي في خصومات أهل هذه البلدة المقيمـين مـنهم والطـارئين ، أو المقيمـين مـنهم فقط ، فإنه يلزمه ذلك . ويقتصـر نظـره علـى مـا تخصـص بـه ، ولا يجـوز لـه القضـاء لغير ما تحدد له ، وإذا قضى بغير ما خصص به فحكمه باطل[669].

وأما الاختصاص بالمذهب فإن القاضي الذي يتولى الحكم إما أن يكون مجتهداً وإمـا أن يكـون مقلـداً . فالقاضـي المجتهد اتفق الفقهـاء علـى أنـه لا يجـوز تخصيصـه بمذهب معين وأما القاضي المقلد فقد اختلف الفقهـاء فـي لـزوم اقتصـاره علـى مـذهب إمامه على قولين :

القول الأول : أنـه لا يلزمـه الاقتصـار علـى مـذهب إمامـه ، وذهـب إلـى ذلـك المالكيـة والحنابلة[670].

القول الثاني : أنـه يلزمـه الاقتصـار علـى مـذهب إمامـه ، وذهـب إلـى ذلـك الحنفيـة والشافعية[671].

وأمـا الاختصـاص النـوعي فإمـا أن يخصـص ولـي الأمـر للقاضـي النظـر فـي قضايا الأحوال الشخصية مثلاً كالمواريث والوصـايا والوقـف وغيـره ، أو النظـر فـي

ص70 وما بعدها . والأحكام السلطانية لأبو يعلي ، المرجع السابق ، ص65 وما بعدها . ومعين الحكام للطرابلسي ، المرجع السابق ، ص34 . وروضة الطالبين للنووي ، المرجع السابق ، ج11 ، ص125 ، والقضاء في الإسلام لأبو فارس ، المرجع السابق ، ص81 وما بعدها . والسـلطة القضائية في الإسلام لشوكت عليان ، المرجع السابق ، ص293 وما بعدها .

(669) السلطة القضائية لشوكت عليان ، المرجع السابق ، ص313 .

(670) الأحكام السلطانية للماوردي ، المرجع السابق ، ص67 ، والأحكام السلطانية لأبو يعلي ، المرجع السابق ، ص6، وكشاف القناع للبهوتي ، المرجع السابق، ج4 ، ص261 . والسلطة القضائية في الإسلام لشوكت عليان ، المرجع السابق، ص318 .

(671) الأحكام السلطانية للماوردي ، المرجع السابق ، ص67 ، و اية المحتاج للرملي ، المرجع السابق، ج8 ، ص83. وبدائع الصنائع للكاساني ، المرجع السابق ، ج7 ، ص5 . والسلطة القضائية لشوكت عليان ، المرجع السابق ، ص318 .

القضايا التجارية أو النظر في المواد المدنية ، أو النظر في القضايا الجنائية كجرائم القتل والقطع والرجم وتهريب المخدرات والتزييف وغيرها .

فإذا خصص ولي الأمر للقاضي نوع معين من القضايا لا يجوز له النظر إلى غيرها وإلا كان حكمه باطلاً .

أ ـ وإذا خصصه في النظر إلى نصاب معين كتخصيص قاضي في النظر إلى القضايا التي لا تزيد قيمتها على ألف ريال . أو تخصيصه في النظر إلى القضايا التي تزيد قيمتها على هذا المبلغ فلا يجوز له النظر في القضايا في المبلغ الذي تقل قيمته عن ذلك ، فقد روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال (ردعني الناس في الدرهم والدرهمين) .

ب ـ وإذا خصصه بالنظر في قضية معينة كتخصيص قاضي وندبه ليقضي في قضية بعينها ، وهذا يجوز بمقتضى تخصيص القضاء بالحادثة ولا تزول ولاية القاضي في هذا الاختصاص إلا بالبت في حكمها .

ج ـ إذا منع ولي الأمر القاضي من سماع بعض الوقائع والحوادث فلا يجوز له مخالفة ذلك ، فإذا ولاه الإمام النظر في قضايا ومَنَعَه من سماع بعضها لا يجوز له النظر فيما منعه منها ، كمن منعه من سماع الدعوى والحكم بقتل المسلم للكافر . ولذلك نهى عمر بن الخطاب رضي الله عنه أبا موسى الأشعري أن يقضي في المرأة التي وجدت حبلى ولا بعل لها .

ثالثاً : تقيد القاضي بالمساواة بين الخصوم :

يجب على القاضي أن يساوي بين الخصوم في مجلس القضاء في كل شيء ، بالجلوس والسلام والنظر والمخاطبة[672]. فعن عبد الله بن الزبير قال : (قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الخصمين يقعدان بين يدي الحاكم)[673].

وعن علي رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (يا علي إذا جلس إليك الخصمان فلا تقضي بينهما حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول ، فإنك إذا فعلت ذلك تبين لك القضاء)[674].

وقال عمر رضي الله عنه في رسالته لأبي موسى الأشعري (آس[675] الناس في مجلسك وفي وجهك وقضائك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك)[676].

وحاول القانون الوضعي مجاراة الشريعة الإسلامية في تطبيق المساواة بين الخصوم فوضع مبدأ المساواة أمام القانون على رأس المبادئ التي تحمي الحريات وتصون الحقوق[677].

([672]) وسائل الإثبات للزحيلي ، المرجع السابق ، ص625 .

([673]) نيل الأوطار للشوكاني ، المرجع السابق ، ج8 ، ص284 .

([674]) نيل الأوطار للشوكاني ، المرجع السابق ، ج8 ، ص284 وتحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي ، المرجع السابق، ج4 ، ص561 .

([675]) أي ساوي بينهم .

([676]) تبصرة الحكام لابن فرحون ، المرجع السابق ، ج1 ، ص41 . وكشاف القناع للبهوتي ، المرجع السابق ، ج4 ، ص194 وإعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزيه ، المرجع السابق ، ج1 ، ص85 .

وقد نص الدستور المصري في مادته الأربعون على مبدأ المساواة أمام القانون بقولها (المواطنون لدى القانون سواء ، وهو متساوون في الحقوق والواجبات العامة ، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة)[678].

وقد نصت المادة (68) من الدستور على أن (التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة ، ولكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي) .

وظاهر من هذا النص أن الناس سواسية أمام القضاء ، لا فرق بين مواطن ومواطن ، أو بين مواطن وأجنبي ، كما لا فرق بين قضاء مدني وقضاء جنائي ، أو قضاء عام وقضاء خاص أو استئنافي ، فكل مواطن في مركز قانوني معين يجب أن يحظى بنفس المعاملة التي يحظى بها مواطن آخر في نفس المركز ، والمساواة أمام القانون لا تعني التماثل التام في الحقوق والواجبات ، وإنما تعني التماثل في التمتع بالضمانات المقررة لحقوق المواطنين كلما وجد شخصان في نفس المركز القانوني ، مهما كان اختلافهما في سائر الأسباب[679].

ويتضح أن القانون لم يجعل المساواة أمام القانون بين الحاكم والمحكوم كما في الشريعة الإسلامية التي لم تفرق بين شريف ووضيع وغني وفقير ولا أدل على ذلك من الحديث المشهور عن الرسول صلى الله عليه وسلم حيث قال : (وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها)[680].

ولكن القانون يساوي بين الخصوم الذين يشتركون في مركز معين فيمنع محاكمة الرؤساء والوزراء إلا أمام محاكم خاصة . بل أن هناك بعض الدساتير تنص على أن ذات رئيس الدولة مصونة ، لا يخضع للقانون ، ولا للمثول أمام المحاكم بل إنه لا يعاقب على ما يقترفه من جرائم[681].

رابعاً : تقيد القاضي بمبدأ حرية الدفاع للخصوم :

حق الدفاع أمام القضاء الجنائي أجمعت عليه كافة الشرائع ، ولعل أصله مستمد من حق الإنسان الطبيعي في الدفاع عن نفسه ضد كل أذى يهدد حياته ، أو صحته أو ماله أو حريته ، كما هو مستمد من القاعدة الحكيمة التي استقرت في كافة الشرائع الحديثة ، وهي أن الأصل في الإنسان البراءة ، ولقد أصبحت إتاحة الفرصة الكافية لحق الدفاع حقاً مكتسباً للإنسان في كل تشريع حديث ، لا ينازع فيه أحد إلا إذا تغلبت روح السلطة على روح العدالة[682].

([677]) نظم الإجراءات الجنائية لجلال ثروت ، المرجع السابق ، ص285 .

([678]) 19 مايو 1990م ، أحكام المحكمة الدستورية العليا ، ج4 ، رقم 33 ، ص256 ، 16 مايو 1992م ، أحكام المحكمة الدستورية العليا ، ج5 ، رقم 37 ، ص344 ، نظم الإجراءات الجنائية لجلال ثروت ، المرجع السابق ، ص285 .

([679]) نظم الإجراءات الجنائية لجلال ثروت ، المرجع السابق ، ص286 ـ 287 .

([680]) صحيح مسلم بشرح النووي ، المرجع السابق ، ج11 ، كتاب الحدود ، حديث رقم 1688 ، ص170 .

([681]) البكر ، محمد عبد الرحمن ، السلطة القضائية وشخصية القاضي في النظام الإسلامي (الزهراء للإعلام العربي ، بدون تاريخ نشر) ص746 .

([682]) مبادئ الإجراءات الجنائية لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص654 .

ولقد حرصت الشريعة الإسلامية على سلاح الخصم المشروع للدفاع عما أصابه من حيف أو ظلم[683].

فأعطت المدعي حق تقديم دعواه إلى المحكمة متى أحس بالظلم على نفسه من الغير ، وحريته في تقديم جميع الأدلة التي تفيد بأن حقه عند شخص معين ، وأن هذا الشخص سلب هذا الحق بطريق غير مشروع سواء كان هذا الحق شخصي أو حق عام يقوم به نيابة عن المجتمع ، كما أعطت المدعى عليه فرصة الدفاع عن نفسه لكي يفند جميع الأدلة التي يطرحها المدعي ، فله أن يتخذ من الأدلة المشروعة ما يبرئ نفسه من ظلم المدعي وحيفه عليه . على أن الأصل في الإنسان البراءة والأصل براءة الذمة من الحقوق وبقاء ما كان على ما كان ما لم يتغير بفعل حادث وليس للقاضي أن يطلب من أحد الخصوم أن يقف عند حد معين في الكلام أو الدفاع بل لابد أن يعطيه متسع من الوقت ليبدي دفاعه ، وليس لـه أن يتذرع بضيق وقت المحكمة في ذلك ، لأن المحكمة لم توضع إلا لمثل ذلك . فله أن يبدي كامل دفاعه ما دام أنه لم يخرج عن نطاق الدعوى.

خامساً : تقيد القاضي بعلانية المحاكمة والنطق بالحكم في جلسة علنية :

الأصل أن جلسات المحاكمة علنية وأمام الجمهور ، وهذه قاعدة رئيسية أجمعت جميع الشرائع عليها في مرحلة المحاكمة ، لأن حضور الجمهور يجعل منه رقيباً على عدالة إجراءاتها مما يدعم ثقته في قضائها ، فضلاً عن أن سماعه الحكم قد يكون أدعى لتحقيق غاية الردع من العقاب على أوسع نطاق ممكن[684].

إلا أنه مع ذلك أجازت الشريعة والقانون الوضعي أن تكون جلسات المحاكمة سرية استثناء حسب تقدير القاضي ، كمراعاة للآداب أو محافظة على النظام العام .

ولذلك نصت المادة 268 من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه (استثناء مما تقدم أجاز القانون للمحكمة أن تأمر بسماع الدعوى كلها أو بعضها في جلسة سرية ، أو أن تمنع فئات معينة من الحضور فيها مثل السيدات والأطفال ، ولا تكون سرية إلا مراعاة للآداب أو محافظة على النظام العام) .

وأما النطق بالحكم فلا يكون إلا في جلسة علنية دائماً ، حتى وإن كانت جلسات المحاكمة سرية ومخالفة ذلك تستوجب البطلان ، ويجب أن يكون جميع القضاة الذين اشتركوا في المداولة حاضرين النطق بالحكم ، وإذا حصل لأحدهم مانعاً من الحضور يجب أن يكون موقعاً على المسودة الخاصة به ، وهذا ما نصت عليه المادة (170) من قانون المرافعات المصري[685]، ويجب أن يكون مع النطق بالحكم كذلك النطق بأسبابه ، وهذا ما نصت عليه المادة 174 من قانون المرافعات المصري[686].

ويجب أن نفرق بين الحكم والاقتناع للقاضي الجنائي من حيث التسبيب .

([683]) السلطة القضائية للبكر ، المرجع السابق ، ص745 .

([684]) مبادئ الإجراءات الجنائية لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص639 .

([685])(2) مبادئ الإجراءات الجنائية لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص754 .

فعند النطق بالحكم يجب على القاضي الجنائي أن ينطق بأسباب هذا الحكم . أي يبين الحكم النهائي في الدعوى مع ذكر الأسباب التي بني عليها هذا الحكم .

أما الاقتناع الذاتي فلا يجب على القاضي الجنائي تسبيبه عند النطق بالحكم من خلال اقتناعه به ولكن يجب أن تكون الأسباب التي بني عليها اقتناعه وارتاح لها ضميره مستساقة عقلاً ومنطقاً ، بحيث يقنع أي شخص لـه مكنة تقدير عادية بمطابقة العقل والمنطق ما بنى عليه اقتناعه .

سادساً : تقيد القاضي الجنائي بتسجيل محاضر الجلسات :

يجب على القاضي الجنائي تحرير محضر بما يجري في جلسة المحاكمة ، يوقع على كل صفحة فيه رئيس المحكمة والكاتب في اليوم التالي على الأكثر ، ويشتمل المحضر على تاريخ الجلسة ، كما يبين ما إذا كانت علنية أم سرية ، ويبين أسماء القضاة والكاتب وعضو النيابة العامة الحاضر بالجلسة ، وأسماء الخصوم والمدافعين عنهم ، وشهادة الشهود وأقوال الخصوم ، ويشار فيه إلى الأقوال التي تليت وسائر الإجراءات التي تمت ، وتدون به الطلبات التي قدمت أثناء نظر الدعوى وما قضى به في المسائل الفرعية ومنطوق الأحكام الصادرة ، وبعبارة أخرى يكون المحضر صورة مكتوبة لكل ما دار في الجلسة[687].

([687]) مبادئ الإجراءات الجنائية لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص666 ونظم الإجراءات الجنائية لجلال ثروت ، المرجع السابق ، ص500 .

المطلب الثاني : ما تميزت به الشريعة الإسلامية على النظم الوضعية في تقرير هذه المبادئ :

لقد سبقت الشريعة الإسلامية النظم الوضعية إلى كثير من المبادئ العامة للقاضي والتي تم الإشارة إليها في المطلب السابق ومن هذا السبق ما يلي[688]:

1- أن الشريعة سبقت إلى اعتدال القاضي عند نظر الخصومة فلا يقضي وهو غضبان أو جائع ، أو عطشان ، أو مريض ، أو شغل قلبه بفرح أو حزن ، أو برد شديد ، أو حر شديد ، وألا يتطوع بالصوم في اليوم الذي يريد الجلوس فيه ، والضابط الجامع لذلك كله ألا يقضي القاضي في كل حال يسوء خلقه ، وهذا ما لم تنص عليه القوانين الوضعية .
2- أن الشريعة سبقت إلى مبدأ علنية الجلسات للجمهور في حضور مجلس الحكم ومشاهدة ما يدور فيه ، وما يجري من حوار بين الخصوم ، كما سبقت إلى سرية الجلسات إذا اقتضت اعتبارات معينة تتصل بصيانة أسرار العائلات أو مراعاة للآداب العامة فيجعل القاضي الجلسة سرية .
3- كما أن الشريعة ابتكرت جهازاً فعالاً يفوق أجهزة التفتيش في العصر الحديث وهم الشهود العدول ، وكان لها فضل السبق في ابتكار هذا الجهاز وهو لا يزال مطبقاً حتى اليوم في انجلترا وهم (المحلفون) .
4- كما سبقت الشريعة تسيير القاضي للخصومة وكيفية إجراءاتها والتي لم يعرفها الغرب إلا من وقت قريب كما يقول بذلك أهل القانون أنفسهم .
5- كما سبقت الشريعة إلى تدوين الأحكام والنطق بالحكم ولقد اعترف الغربيون بذلك عن طريق العالم (آدم متز) .
6- كما سبقت الشريعة إلى تقرير المبادئ العامة كمبدأ حرية الدفاع للخصوم وهو ما لم تعرفه القوانين الوضعية إلا في العصور الأخيرة عن طريق قانون المرافعات . ومبدأ المساواة بين الخصوم واعتبرته الشريعة أساساً من الأسس المتينة التي تبنى عليها قواعد العدالة وأصول الحق ، وهذه المساواة وكما أشرنا سابقاً فإن الأنظمة الوضعية على ما بلغت من تقدم علمي لم تصل حتى الآن إلى ما وصلت إليه الشريعة في مبدأ المساواة في القضاء . ففي الوقت الذي تمنع فيه هذه الأنظمة عدم محاكمة ومساواة رئيس الدولة أمام القضاء فإن الشريعة الإسلامية الغراء تجعل رئيس الدولة متساوياً مع أفراد الأمة أمام القضاء .
7- سبق التعبير الغربي الحديث بقولهم (محمود السيرة ، حسن السمعة) . التعبير الذي ابتكرته العقلية الإسلامية وهو اشتراط العدالة .
8- كما سبقت الشريعة الأنظمة الوضعية بأنها جعلت منزلة القضاء تلي النبوة وجعلت المركز القانوني للقاضي بأنه خليفة الرسل والأنبياء وذهب بعض فقهاء المسلمين إلى أن القاضي خليفة الله ونائبه في الأرض في إقامة العدل ، ولا يظن أن هذا الأمر فيه التباس بنظرية التفويض الإلهي ، التي تعني أن المفوض إليه يتصرف في مصائر العباد كيفما شاء بدعوى التفويض من الإله . أما هنا فإن

([688]) السلطة القضائية للبكر ، المرجع السابق ، ص734 وما بعدها .

القاضي لا يملك ذلك ، وإنما ملزم بتنفيذ شرع الله العادل . فأي منزلة وأي سمو ، وأي رفعة أعظم من ذلك ؟

أما في النظم الوضعية فغاية ما وصلت إليه من تقدير واحترام للقاضي أنها نصت في قانونها الأول على أن القضاء إحدى سلطات الدولة الثلاث . وفي هذا دليل على تفوق النظم الإسلامية على النظم الوضعية في إجلال القضاة وتقديرهم واحترامهم .

المبحث الثاني

مشروعية الأدلة المقدمة في الدعوى

تمهيد وتقسيم :

الشريعة الإسلامية وكما في القانون الوضعي الذي يجري وراءها ويحذو حذوها ويستقي من نصوصها مبادئ وقواعد يفتخرون بتسطيرها في قوانينهم الدستورية ويدعون السبق والأولوية في ذلك معللين بالتقدم العلمي والحضاري والتقني ، وإن سلم لهم هذا التعليل بحد ذاته إلا أنه لم يكن الطريق الذي استمد منه تلك المبادئ والقوانين ، والتي بلا شك أخذت من القواعد الشرعية الإسلامية ، فأصل براءة المتهم ، وأنه برئ حتى تثبت إدانته ، وما بني على باطل فهو باطل ، وحفظ حريات الفرد وممتلكاته وأمواله وأعراضه، والضمانات التي تحيط به وبالتالي حقه بألا يدان إلا بإجراءات ، وبأدلة مشروعة . كلها مبادئ وقواعد عرفتها الشريعة قبل أن يعرفها القانون الوضعي .

وحقوق الإنسان الأساسية وحرياته بصورة كاملة تضمنتها الشريعة الإسلامية منذ صدورها لأنها من لدن حكيم خبير وليست من صنع البشر ، فهي لم تتطور في كلياتها وأساسياتها كما في القوانين الوضعية التي صنعها البشر[689].

حيث قال جل وعلا : ((وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ))[690]. والتكريم معناه التشريف والكرامة والعزة لبني البشر إن أطاعوا ، ويقتضي صيانة حقوقهم وحرياتهم وعدم تعذيبهم أو إيذائهم مادياً أو معنوياً واضطهادهم وامتهان كرامتهم وعدم التمثيل بهم أو معاملتهم معاملة قاسية حاطة بكرامتهم حتى أثناء عقابهم وبعده[691].

وقبل أن نتكلم في مشروعية الأدلة لابد وأن نبين المبدأ الهام والذي تندرج تحته هذه المشروعية والتي جعلته الشريعة الإسلامية من أهم المبادئ المقررة لحماية الحريات الفردية وكذلك صيانة للعدالة وهو مبدأ الشرعية[692] إذ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص من الشارع الأعلى ، أو من ولي الأمر سياسة لمصلحة عامة أو سداً للذرائع

---

(689) عوض، محمد محيي الدين، حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية(1989م) ص9 ـ 10.

(690) سورة الإسراء ، الآية : 70 .

(691) عوض ، محمد محيي الدين ، القيم والمصالح الموجهة للسياسة الجنائية (أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية ، 1418هـ ـ 1998م) ، ص110 وكتابه حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص2 .

(692)القيم والمصالح لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص115 . وبعضهم يجعل فكرة المشروعية هي المعبر عنها بقاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص أما الشرعية الإجرائية فهي قاعدة مشروعية الدليل الجنائي . أنظر نظرية الاقتناع الذاتي لمفيدة سويدان ، المرجع السابق ، ص536 .

ونرى أنه لا فرق بين عبارة (الشرعية) أو (مبدأ المشروعية) فإذا كانت مجردة فتعني قاعدة أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص أي الأصل . أما إذا كانت مضافة كعبارة (الشرعية الإجرائية) أو (مشروعية الدليل أو (مشروعية إجراءات المحاكمة) فتعني الفرع من الأصل فهي متفرعة منها . لذلك يرى البعض أن قاعدة مشروعية الدليل الجنائي تغاير قاعدة الشرعية التي تعني مجرد التوافق مع أحكام القاعدة القانونية المكتوبة ، أنظر النظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص453 .

. لأن من حق الناس أن ينذروا أو يحذروا وينبهوا مقدماً بما يعد من الأفعال محظوراً حتى يستجيبوا ، فإن لم يستجيبوا عوقبوا[693] . قال تعالى : ((رُسُلاً مُبَشِّرِينَ وَمُنْذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ))[694].

ولذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : مشروعية الأدلة المقدمة في الدعوى في الشريعة الإسلامية .

المطلب الثاني : مشروعية الأدلة المقدمة في الدعوى في القانون الوضعي .

المطلب الأول : مشروعية الأدلة في الشريعة الإسلامية :

ويقصد بمشروعية الأدلة في الشريعة الإسلامية هو أن يكون الدليل الذي تم الحصول عليه في الدعوى الجنائية مشروعاً ، وغير مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها ، من حيث طريقة الحصول عليه واكتشافه ، سواء كان هذا الدليل من الأدلة المباشرة كالإقرار والشهادة أو من الأدلة غير المباشرة كالقرائن[695].

فدليل الشهادة ولكي يتصف بالمشروعية لابد وأن يكون الشاهد عدلاً بحيث يكون بعيداً عن مواطن الشبه والفسق ، وكذلك جاز للقاضي أن يجرح في الشاهد ، أو يعدله ضماناً لمصداقية الشهادة وبالتالي ضماناً لمشروعية الدليل المستقى منها .

وإذا أثبت المحكوم عليه أن الشهادة التي أدلى بها الشهود زوراً وبهتاناً فإنه يكون بذلك قد أثبت عدم مشروعية الدليل المستقى من هذه الشهادة ، وبالتالي ينقض الحكم إذا ثبت للقاضي قطعاً زور هذه الشهادة ، ويحكم على الشهود بالتعزير ، وبعض الفقهاء يحكم على الشهود بالحد للقذف كالشهود الذين لم يكملوا الأربعة في إثبات الزنا أو لم يجتمعوا على وصف واحد للزنا أو مكانه أو زمانه .

وفي الشهود على القتل إذا حكم القاضي على المتهم بالقتل أو دفع دية من المال، وأثبت المجني عليه أو وليه فيما بعد أن الشهادة زوراً وظلماً فإن بعض الفقهاء يحكم على الشهود بالتعزير وضمان المال وبعضهم يرى الاقتصاص منهم .

ودليل الاعتراف لكي يتصف بالمشروعية لابد وأن يكون متكامل الشروط بأن يكون بالغاً ، عاقلاً ، إرادياً غير مكرهاً ، وليس هذا فحسب وإنما لابد وأن يكون اعتراف المتهم بقصد الكشف عن الحقيقة ولا غيرها . فالاعتراف إذا لم يكن بقصد الكشف عن الحقيقة كالهروب من تهمة في جريمة أخرى أكبر منها أو عقابها أقسى ، أو يقصد فيه صرف نظر القاضي عن التفكير في الجاني الحقيقي ، كزوجة أو أب أو ابن أو أي شخص آخر . فإذا كان الاعتراف كذلك نستطيع أن نقول أنه لا يتصف بالمشروعية أو بمعنى آخر أن هذا الدليل على المتهم دليلاً غير مشروعاً وبالتالي يجوز للمتهم الاعتراض عليه إذا حكم عليه بذلك . لأن الدليل غير المشروع باطلاً وما بني على باطل فهو باطلاً. فالحكم المبني على هذا الدليل يعتبر باطلاً ، وإذا أثبت المحكوم عليه أو محاميه أن هذا الدليل غير مشروع فإنه يجب على المحكمة نقض

([693]) القيم والمصالح لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص115 .

([694]) سورة النساء ، الآية : 165 .

([695]) حجية القرائن في الإثبات الجنائي للترهوني ، المرجع السابق ، ص75 .

الحكم وإبراء المتهم من التهمة . وليست عدم مشروعية الدليل الجنائي متوقفة على إثبات المجني عليه أو وكيله (محاميه) فإذا ثبت للقاضي أن الدليل استمد من طريق غير مشروع فإنه لا يبني حكمه عليه ، وحتى إن بنى الحكم على هذا الدليل فإن حكمه باطلاً ولا يعول عليه ، لأن ما بني على باطل فهو باطل .

والتجسس محظور في الشريعة حتى لو كانت غايته مشروعة كإثبات الجريمة مثلاً، لما فيه من كشف أسرار الناس وتتبع عوراتهم فيلزم أن تكون الغاية والوسيلة مشروعتين . وفي ذلك يقول ابن حزم الظاهري رحمه الله وكل ما لا يتوصل إليه إلا بعمل حرام فهو حرام أبداً وكل عمل لا يصح إلا بصحة ما لا يصح فإن ذلك العمل لا يصح أبداً . والمعصية لا تنوب عن الطاعة ، وعلى ذلك فالوصول إلى إثبات الجريمة بطريق غير مشروع هو مما لا يتوصل إليه إلا بعمل حرام فهو حرام ، وبالتالي فهو باطل[696].

والنهي عن التجسس ورد في القرآن الكريم بقوله تعالى : ((وَلا تَجَسَّسُوا وَلا يَغْتَبْ بَعْضُكُمْ بَعْضاً))[697].

وقولــه صلى الله عليه وسلم (إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث ولا تحسسوا ولا تجسسوا ، ولا تحاسدوا ، ولا تدابروا ، ولا تباغضوا ، وكونوا عباد الله إخوانا)[698].

ومن أمثلة ذلك في الشريعة الإسلامية ما روي عن عمر بن الخطاب كان يمر ليلة في المدينة فسمع صوتاً في بيت ، فارتاب في أن صاحب الدار يرتكب محرماً فتسلق المنزل وتسور الحائط ورأى رجلاً وامرأة ومعهما خمر فقال له يا عدو الله ، أظننت أن الله يسترك وأنت على معصية ، وأراد أن يقيم عليه الحد ، فقال له الرجل : لا تتعجل يا أمير المؤمنين إن كنت عصيت الله في واحدة فقد عصيته أنت في ثلاث : قال الله تعالى : ((وَلا تَجَسَّسُوا))[699]. وأنت قد تجسست ، وقال الله تعالى : ((وَأْتُوا الْبُيُوتَ مِنْ أَبْوَابِهَا))[700] وأنت تسورت وصعدت الجدار ونزلت منه ، وقال الله تعالى : ((لا تَدْخُلُوا بُيُوتاً غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْنِسُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا))[701] وأنت لم تسلم فخجل عمر وبكى ، وقال للرجل : هل عندك من خير إن عفوت عنك ؟ قال نعم ، قال له : اذهب فقد عفوت عنك .

ووجه الاستدلال في ذلك أن المتهم قد دفع بأن الدليل على الجريمة لا يجوز أن يأتي من طريق غير مشروع ، ولو أنه ضبط متلبساً بشرب الخمر ولكن هذا الضبط كان وليد إجراءات غير مشروعة وهي التجسس والتسور وعدم الاستئناس والسلام ، ولذلك نجد أن عمر رضي الله عنه اقتنع بأسباب هذا الدفع واسقط الدليل

([696]) حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص7 ـ 8 .

([697]) سورة الحجرات ، الآية : 12 .

([698]) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، المرجع السابق ، ج13 ، ص94 .

([699]) سورة الحجرات ، آية : 12 .

([700]) سورة البقرة ، آية : 189 .

([701]) سورة النور ، الآية : 27 .

المستمد من حالة التلبس لما تبين له أنه أتى من طريق غير مشروع واعتبره كأن لم يكن[702].

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (ومن اطلع في بيت قوم بغير إذنهم فقد حل لهم أن يفقئوا عينه)[703].

ويقول صلى الله عليه وسلم (من أتى من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله فإنه من يبد لنا صفحته نقم حد الله عليه)[704].

ويقول الماوردي رحمه الله وأما ما لم يظهر من المحظورات فليس للمحتسب أن يتجسس عنها ولا أن يهتك الأستار حذراً من الاستتار بها[705].

ومع ذلك يجيز الفقهاء المسلمين دخول المنزل دون إذن في أحوال الضرورة كالحريق والغرق والزلازل وأحوال ارتكاب جريمة في المكان مع الاستغاثة أو إذن ولي الأمر أو من يقوم مقامه ، ويجيز ابن عابدين تفتيش المنزل بحثاً عن جان هرب فيه أو ارتكب به جريمة[706].

ويقول الإمام الغزالي بأن التدخل لا يكون إلا إذا كان هناك منكر موجود في الحال ظاهر بغير تجسس ، معلوم كونه منكراً بغير اجتهاد ، فكل من ستر معصية في داره وأغلق بابه لا يجوز أن يتجسس عليه ولا يجوز الدخول عليه بغير إذنه للوقوف على المعصية ، وذلك إلا أن تظهر المعصية في الدار ظهوراً يعرفه من هو خارج الدار ، كأصوات المزامير والأوتار إذا ارتفعت بحيث جاوز ذلك حيطان الدار فمن سمع ذلك فله دخول الدار وكسر الملاهي ، وكذلك إذا ارتفعت أصوات السكارى بالكلمات المألوفة بينهم بحيث يسمعها أهل الشوارع وكذلك إذا فاحت روائح الخمر[707].

فأي دليل يتم الحصول عليه عن طريق انتهاك حرمة المساكن ، أو التجسس عليها، يعتبر هذا الدليل غير مشروع ولا يعول عليه في بناء الأحكام القضائية ، ومن ثم لا يعاقب المتهم بموجب هذا الدليل ، لأن الشريعة الإسلامية تمنع التجسس على المنازل وانتهاك حرمتها بقصد اكتشاف الجرائم التي قد تقع فيها إلا أنه استثناءً من ذلك يجوز في بعض الحالات الدخول للمنازل لاكتشاف الجرائم إذا قامت قرائن قوية وقاطعة تدل على ارتكاب الجرائم داخل المنزل ، وخوفاً من فوات ارتكابها وذلك لمنعها والقضاء عليها ، وإذا تم الحصول على الدليل فإن المتهم في هذه الحالة يقع تحت طائلة العقاب بسبب ارتكابه للجريمة المحظورة شرعاً[708].

([702]) النظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص602 .

([703]) نيل الأوطار للشوكاني ، المرجع السابق ، ج7 ، ص173 .

([704]) شرح موطأ الإمام مالك لأبي الوليد الباهي ، المرجع السابق ، ج7 ، ص142 .

([705]) الأحكام السلطانية للماوردي ، ص252 .

([706]) حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص8 .

([707]) إحياء علوم الدين لأبي حامد الغزالي (القاهرة ، الناشر محمد علي صبيح ، 1958م) ج2 ، ص285 .

([708]) حجية القرائن في الإثبات الجنائي للترهوني ، المرجع السابق ، ص76 .

وإكراه المتهم على الاعتراف بالجريمة المنسوبة إليه محظور في الشريعة الإسلامية لأنها لا تؤاخذ المكره بما يصدر عنه . قال تعالى : ((إِلا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالأِيمَانِ))[709].

وقوله صلى الله عليه وسلم (إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه))[710].

وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : ليس الرجل بأمين على نفسه إذا جوعته أو خوفته أو أوثقته[711].

وقال ابن شهاب الدين في رجل اعترف بعد جلده ليس عليه حد ، لأن الإقرار إنما ثبت به المقر لوجود الداعي إلى الصدق وانتفاء التهمة عنه ، فإن العاقل لا يتهم بقصد الإضرار بنفسه ، ومع الإكراه يغلب على الظن أنه بإقراره دفع ضرب الإكراه ، فانتفى ظن الصدق عنه فلم يقبل[712].

واختلف فقهاء الشريعة على الإكراه الذي يؤدي إلى تعيين المتهم لمكان المسروقات في السرقة أو تعيين جثة القتيل في القتل . فبعضهم ذهب إلى أنه لكي يعتد بالإقرار من المتهم ويحكم عليه بذلك بأن يعين المتهم بنفسه محل الجريمة فالمقر الذي يعين المال المسروق ، والمقر الذي يعين جثة القتيل أو مكان الجريمة أو يحضرها بنفسه ، والمقر الذي وجدت المسروقات في بيته فهذا يقام عليه الحد بالإقرار ، ولو كان نتيجة لإكراه مادي كضرب أو معنوي كتهديد[713] .

ويرى ذلك بان القيم رحمه الله حيث استدل بأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر الزبير أن يعذب حيي بن أخطب لكي يقر بالمال الذي غيبه ، وادعى نفاده ، وقال له صلى الله عليه وسلم : (العهد قريب ، والمال أكثر من ذلك) وفي ذلك دليل على صحة إقرار المكره إذا طلب منه المال ، وأنه إذا عوقب على أن يقر بالمال المسروق ، فأقر به وظهر عنده قطعت يده . وهذا هو الصواب بلا ريب وليس هذا إقامة للحد بالإقرار الذي أكره عليه ، ولكن بوجود المال المسروق الذي توصل إليه بالإقرار[714]. وذكر[715] أن أصحاب مالك رحمه الله يرون التوصل بالإقرار بما يراه الحاكم مستندين إلى قوله تعالى: ((إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ))[716].

أما الجمهور فيرون عدم التعويل على الإقرار من المكره سواء كان إكراهاً مادياً أو معنوياً .

ولذلك فإننا نرى ترجيح الرأي القائل بتطبيق العقوبة في حالة تعيين محل الجريمة مثل تعيين جثة القتيل في جريمة القتل بعد الاعتراف، أو تعيين المسروقات في

([709]) سورة النحل ، الآية : 105 .

([710]) السنن الكبرى للبيهقي ، المرجع السابق ، ج8 ، ص235 .

([711]) المغني لابن قدامة ، المرجع السابق ، ج10 ، ص172 .

([712]) المغني لابن قدامة ، المرجع السابق ، ج8 ، ص196 .

([713]) حجية القرائن في الإثبات الجنائي للترهوني ، المرجع السابق ، ص80 .

([714]) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزيه ، المرجع السابق ، ص6 ـ 7 .

([715]) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزيه ، المرجع السابق ، ص3 .

([716]) سورة يوسف ، الآية : 26 .

جريمة السرقة، حيث أن تطبيق العقوبة المقررة على المتهم في هذه الحالة ليست بمقتضى الاعتراف الذي أقر به المتهم نتيجة الضرب أو التهديد، وإنما بموجب دليل آخر وهو القرينة القاطعة التي تدل على ارتكاب الجريمة وهي قرينة تعيين المسروقات أو وجودها في حيازة المتهم أو في منزله، أو قرينة تعيين جثة القتيل والتي تدل على أن المتهم هو القاتل[717].

والحكم المبني على دليل القرينة في هذه الحالة يعتبر دليلاً مشروعاً ، أما إذا بني على الاعتراف بالإكراه فلا يعتبر دليلاً مشروعاً ولا يعول عليه ، لأن ما بني على باطل فهو باطل .

([717]) حجية القرائن في الإثبات الجنائي للترهوني ، المرجع السابق ، ص81 .

المطلب الثاني : مشروعية الأدلة في القانون الوضعي :

أشرنا فيما سبق أن مبدأ الشرعية هو الأصل وهو الإطار العام الذي يندرج تحته مشروعية الدليل الجنائي .

ومبدأ الشرعية يعني أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ، إذ لا يمكن أن يوجه أي اتهام ضد شخص لارتكابه فعلاً معيناً ما لم يكن منصوصاً على تجريم هذا الفعل في القانون ، كما لا يمكن تطبيق عقوبة ما لم تكن محددة سلفاً[718].

وبالرغم من أن قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات تمثل أحد الدعائم الأساسية التي ترتكز عليها التشريعات الجنائية المعاصرة ، إلا أنها لا تكفي وحدها لحماية حرية الإنسان إذا أمكن القبض عليه أو حبسه ، أو اتخاذ الإجراءات اللازمة لمحاكمته ، مع افتراض براءته ، فكل إجراء يتخذ ضد الإنسان دون افتراض براءته سوف يؤدي إلى تجشيمه عبء إثبات براءته من الجريمة المنسوبة إليه . فإذا عجز عن إثبات هذه البراءة اعتبر مسئولاً عن جريمة لم تصدر عنه . ويؤدي هذا الوضع إلى قصور الحماية التي يكفلها مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون ، طالما كان من الممكن المساس بحرية المتهم من غير طريق القانون ، أو كان الممكن إسناد الجرائم للناس ولو لم يثبت ارتكابهم لها عن طريق افتراض إدانتهم[719].

لذا جاءت قاعدة مشروعية الأدلة الجنائية التي تحكم تنظيم الإجراءات التي تتخذ قبل المتهم على نحو يضمن احترام الحقوق والحريات الفردية[720].

ومشروعية الأدلة تعني ضرورة اتفاق الإجراء مع القواعد القانونية والأنظمة الثابتة في وجدان المجتمع المتحضر ، فهي لا تقتصر على المطابقة مع القاعدة القانونية بل يجب أن تتعدى ذلك إلى مراعاة إعلانات حقوق الإنسان والمواثيق والاتفاقيات الدولية، وقواعد النظام العام ، والآداب السائدة في المجتمع[721].

وأهم الإعلانات والاتفاقيات التي صدرت بشأن حقوق الإنسان في جميع أنحاء العالم هي :

1- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1948م .
2- الاتفاقية الدولية لحقوق الإنسان المدنية والسياسية لعام 1966م والمنفذة اعتباراً من مارس عام 1976م .
3- الاتفاقية الدولية لحقوق الإنسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966م والمنفذة اعتباراً من يناير عام 1976م .

هذا على مستوى المجموعة الدولية أما على المستوى الدولي والإقليمي فهناك إعلانات واتفاقيات ومواثيق لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية ، وهناك مشروع

([718]) النظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص451 .

([719]) سرور ، أحمد فتحي ، الشرعية والإجراءات الجنائية (القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1977م) ص105 ـ 106.

([720]) مشروعية الدليل لأحمد ضياء ، المرجع السابق ، ص583 .

([721]) النظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص452 .

ميثاق لحقوق الإنسان والشعب في الوطن العربي لعام 1987م لم يصدر إلى الآن ، وأعده المعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية (سيراكوزا)(722).

لذلك فمشروعية الدليل الجنائي أحاطته الدساتير(723) في القانون الوضعي بالاهتمام ، فاشترطت لصحته أن يكون قد تم صحيحاً على نحو يتفق مع القانون دون إكراه مادي أو معنوي ، وترجع العلة في ذلك إلى إجراءات تحصيل الدليل في كثير من الأحيان قد تتعارض مع الحرية الشخصية ، أو تمس جوانبها ، وهو ما حرصت النظم القانونية على حمايته .

ومن الضمانات التي قررها المشرع الفرنسي على سبيل المثال ما اشترطه بشأن حضور المتهم واقعة التفتيش ، أو اختيار شاهدين لحضور التفتيش إذا تعذر أو استحال حضور المتهم بنفسه(724).

ولما كانت الخصومة الجنائية تقوم على حرية المتهم لا على مجرد إثبات سلطة الدولة في العقاب ، فإنه يتعين على القاضي ألا يثبت توافر هذه السلطة تجاه المتهم إلا من خلال إجراءات مشروعية تحترم فيها الحريات وتؤمن فيها الضمانات التي رسمها القانون. ولا يحول دون ذلك أن تكون الأدلة صارخة واضحة على إدانة المتهم طالما كانت هذه الأدلة مشبوهة ولا يتسم مصدرها بالنزاهة واحترام القانون ومعيار مشروعيتها هو في احترام الضمانات التي أتى بها القانون لاحترام حرية المتهم بوصفه بريئاً إلى أن تثبت إدانته بحكم بات(725).

لذلك يجب أن يكون الدليل الذي تم الحصول عليه في الدعوى الجنائية مشروعاً ومتفقاً مع أحكام القانون ، أما إذا تم الحصول عليه بطريق غير مشروع أو مخالف لأحكام القانون فإنه لا يجوز الاعتماد عليه في بناء الأحكام الجنائية . إذا كان يتعلق بمصلحة الخصم وتمسك به من أول جلسة ، أما إذا كان يتعلق بمصلحة النظام العام فإنه يجوز الدفع به في أي مرحلة من مراحل الدعوى ، ويجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها وتستبعده ولا تعول عليه في حكمها(726).

أما موقف القاضي واقتناعه الذاتي من الدليل غير المشروع ومدى الأخذ به وسواء كان ذلك في إدانة المتهم أو براءته سوف نتعرض له في كل من الحالتين :

الحالة الأولى : في حالة الإدانة :

يجب أن يؤسس القاضي الجنائي اقتناعه الذاتي للحكم بإدانة المتهم على أدلة مشروعة في جميع مراحل الدعوى ، حيث أن الأصل في الإثبات البراءة والمتهم

---

(722) حقوق الإنسان لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص29 ـ 30 وتناول سعادته بالتفصيل هـذه الإعلانـات والمواثيق بالإضافة إلى تقسيمات الحريات والمتعلقة بحقوق الإنسان ، ص11 وما بعدها .

(723) الباب الثالث من الدستور المصري لعام 1971م (المواد 40 وما بعدها) والباب الثالث من دستور جمهورية السودان لعام 1985م معدلاً عام 1987م (المواد 17 وما بعدها) والقسم الثالث من دستور الهند عام 1951م (المواد 14 وما بعدها) ودستور فرنسـا عـام 1958م ودستور الاتحاد السوفيتي الحالي عام 1977م المعروف باسم دستور بريزينيف . فكلها تنص على حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ، أنظر حقوق الإنسان لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص27 .

(724) الإثبات الجنائي بالقرائن لعبد الحافظ عابد ، المرجع السابق ، ص700 .

(725) الوسيط في شرح قانون الإجراءات الجنائية لأحمد سرور ، المرجع السابق ، ص469 .

(726) حجية القرائن في الإثبات الجنائي للترهوني ، المرجع السابق ، ص82 .

برئ حتى تثبت إدانته ، ولو أجزنا للقاضي الجنائي الحكم بإدانة المتهم ولو بأدلة أو إجراءات غير مشروعة كان ذلك مخالفاً للضمانات التي أصدرتها الإعلانات والمواثيق والدساتير القانونية التي تكفل حماية الحريات الأساسية للفرد ، وبالتالي فليس للقاضي أن يعطي الدليل المستمد بطريق غير مشروع أي قيمة في الإثبات وإلا كان الحكم المبني على ذلك باطلاً .

وبناءاً على ذلك لا يجوز أن يستمد القاضي عقيدته من استجواب جرى على وجه يخالف القانون ، أو من محرر مسروق ، أو عن طريق التجسس واستراق السمع أو تسجيل الأحاديث خلسة ، كذلك لا يجوز أن يبني القاضي عقيدته على ضبط شيء جاء نتيجة قبض غير قانوني ، أو كان وليد إجراء تفتيش باطل ، أو اعتراف باطل[727].

فإذا حكم القاضي الجنائي على متهم بالإدانة بناءً على دليل جاء من طريق غير مشروع أو بناءً على إجراءات غير مشروعة كان هذا الحكم باطلاً ومشوباً بعيب التسبيب.

وعلى ذلك نجد أكثر علماء القانون يذهب إلى التشديد على القاضي الجنائي بعدم الحكم على المتهم بالإدانة مطلقاً متى كان الدليل نتيجة طريق غير مشروع أو كانت الإجراءات غير مشروعة .

الحالة الثانية : في حالة البراءة :

اختلف في اعتماد القاضي الجنائي بالحكم ببراءة المتهم في حالة الحصول على الدليل من طريق غير مشروع إلى ثلاثة اتجاهات[728]: -

الاتجاه الأول :

ويرى أن للقاضي أن يحكم ببراءة المتهم إذا اقتنع بالدليل ، ولو جاء من طريق غير مشروع .

فيذهب الرأي السائد في الفقه المصري إلى تأييد موقف محكمة النقض حينما قضت بأنه (وإن كان من المسلم به أنه لا يجوز أن تبنى إدانة صحيحة على دليل باطل في القانون ، إلا أن تقرير هذا المبدأ بالنسبة لدليل البراءة أمر غير سديد لأنه لما كان من المبادئ الأساسية في الإجراءات الجنائية ، أن كل متهم يتمتع بقرينة البراءة إلى أن يحكم بإدانته بحكم نهائي ، وأنه إلى أن يصدر هذا الحكم له الحرية الكاملة في اختيار وسائل دفاعه بقدر ما يسعفه مركزه في الدعوى ، وما يحيط نفسه من عوامل الخوف والحرص والحذر وغيرها من العوارض الطبيعية لضعف النفوس البشرية ، فقد قام على هدى هذه المبادئ حق المتهم في الدفاع عن نفسه . وأصبح حقاً مقدساً ، يعلو على كل حقوق الهيئة الاجتماعية التي لا يفيدها تبرئة

---

(727) عبيد ، رؤوف ، ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق (القاهرة ، دار الفكر العربي، ط2، 1977م) ص500 .

(728) النظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص456 وما بعدها .

مذنب بقدر ما يؤذيها ويؤذي العدالة معاً إدانة برئ ، ولا يقبل تقييد حرية المتهم في الدفاع عن نفسه باشتراط مماثل لما هو مطلوب في دليل الإدانة)[729].

وذلك بناءً على أن أساس الأصل في الإنسان البراءة ولا حاجة للمحكمة بأن تثبت براءته ، وكل ما تحتاج إليه هو أن تتشكك في إدانته ، إضافة إلى ذلك أن بطلان دليل الإدانة الذي تولد من إجراء غير مشروع إنما شرع لضمان حرية المتهم ، فلا يجوز أن ينقلب هذا الضمان وبالاً عليه[730].

الاتجاه الثاني :

ويرى أنه ليس للقاضي أن يحكم ببراءة المتهم بناءً على دليل جاء من طريق غير مشروع أي لا يفرق بين ما إذا كان الدليل سوف يؤدي للبراءة أو للإدانة فهي على حدٍ سواء .

وينتقد ما ذهبت إليه محكمة النقض في حكمها السابق استناداً إلى أن ذلك مخالفة لمبدأ شرعية الدليل في المواد الجنائية والمدنية على حدٍ سواء والذي يعد تطبيقاً مباشراً لنص المادة 336 من قانون الإجراءات الجنائية المصري ، حيث تنص على أنه (إذا تقرر بطلان أي إجراء فإنه يتناول جميع الآثار التي تترتب عليه مباشرة) ، كما أنه ليس للقضاء أن يقر قاعدة أن الغاية تبرر الوسيلة كمبدأ قانوني صحيح ، فالمفروض أن تكون السبل القانونية المشروعة كفيلة وحدها بإثبات براءة البريء في أي تشريع جنائي قويم ، وإلا فإن البنيان الإجرائي كله يكون مختلاً متداعياً ، إذا كان يسمح بإدانة البريء أو بالأدق إذا كان لا يسمح ببراءة البريء إلا بإهدار مبدأ الشرعية من أساسه . ومن ثم لا يصح أن يقال أن إثبات البراءة ينبغي أن يفلت من قيد الشرعية للدليل الذي هو شرط أساسي في أي تشريع لكل اقتناع قانوني سليم[731].

كما ذهب قانون الإثبات السوداني إلى هذا الاتجاه فإنه إذا اشترطنا عدم استقاء دليل الإدانة من طريق غير مشروع لكي يبنى عليه حكم الإدانة ، كذلك يجب اشتراط عدم استقاء دليل البراءة من مثل هذا الطريق ، إذ أن القانون السوداني لا يشترط أن يكون دليل الإدانة أو البراءة مستقى من طريق مشروع متى اطمأنت المحكمة إلى سلامة الدليل من الناحية الموضوعية ، وهذا ما أشارت إليه المادة 11 من قانون الإثبات السوداني لعام 1938م[732].

ونلاحظ أنه يعطي بذلك حرية واسعة للقاضي الجنائي أن يكون اقتناعه الذاتي فمتى اطمأن إلى الدليل حكم به سواء بالإدانة أو البراءة حتى وإن استقى من طريق غير مشروع .

([729]) نقض 1965/1/25م أحكام النقض ، س16 ، رقم 21 ، ص587 . النظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص455 ـ 456 .

([730]) الإجراءات الجنائية في التشريع المصري لمأمون سلامة ، المرجع السابق ، ج2 ، ص111 . وكتابه قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه وأحكام النقض ، المرجع السابق ، ص859 . وشرح قانون الإجراءات الجنائية لمحمود مصطفى ، المرجع السابق ، ج417 . والوسيط في قانون الإجراءات لأحمد سرور ، المرجع السابق ، ص348 .

([731]) مبادئ الإجراءات الجنائية لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص623 ـ 624 .

([732]) إثبات موجبات الحدود والقصاص والتعازير لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص56.

الاتجاه الثالث :

ويرى التوسط بين الاتجاهين السابقين فأيد ما ذهبت إليه محكمة النقض في حكمها السابق ، ولكن في حدود معينة . وهذه الحدود هي التفرقة بين ما إذا كانت وسيلة الحصول على دليل البراءة تعد جريمة قضائية ، أم أن الوسيلة كانت مجرد مخالفة لقواعد الإجراءات .

فإن كانت الوسيلة مما تعد جريمة قضائية فإنه لا يجوز الحكم بالبراءة بذلك ، لأن ذلك يقود إلى ارتكاب الجرائم لمثل هذه الحالات وهو ما ترفضه الشرائع القويمة ، أما إن كانت الوسيلة تعد مجرد مخالفة لقاعدة إجرائية فيجوز الحكم بالبراءة .

وأمثلة ذلك مما يعد جريمة قضائية سرقة الأوراق أو التزوير وغير ذلك من الجرائم . فلا يصح التعويل عليها والحكم ببراءة المتهم بناءً عليها .

أما ما يعد من المخالفات كضبط الأوراق لدى محامي المتهم على خلاف القانون أو ضبط رسائل في البريد دون إذن القاضي فيصح التعويل عليها والحكم ببراءة المتهم بناءً عليها[733].

(733) الحسيني ، سامي ، النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري المقارن (رسالة دكتوراه ، 1972م) ، ص471 وما بعدها.

رأينا في الموضوع :

نؤيد ما ذهب إليه الاتجاه الأول وذلك لأننا لو تمسكنا بعدم قبول دليل البراءة بحجة أنه غير مشروع ، فإننا سوف نصل إلى نتيجة خطيرة للغاية وهي إدانة بريء ، وفي هذه الحالة يتحمل المجتمع ضررين :

الضرر الأول : عقاب بريء قام الدليل على براءته .

الضرر الثاني : إفلات مجرم يستحق العقاب من العقاب[734].

أما التعليل بأن التشريع القانوني كفيل وحده بإثبات براءة البريء ، فليس على إطلاقه لأنه ما من تشريع في العالم من صنع البشر إلا ويعتريه فجوات وعيوب كثيرة ، تجد من الناس من يستطيع خرق هذه القوانين وبحجة اتباع القانون نفسه وذلك بطرق غير مباشرة ، ولذلك فالقوانين الوضعية مرشحة للتعديل والتجديد في أي وقت .

أما مشروعية الدليل الجنائي في إنجلترا والولايات المتحدة نجد أنه يختلف ضيقاً واتساعاً حسب نطاق ما يسمى بقاعدة الاستبعاد ، فنرى اتساع العمل بقاعدة استبعاد الدليل الجنائي الذي تم الحصول عليه بطريقة غير مشروعة ، وهكذا فإن كل دليل قد تم التوصل إليه مباشرة أو بطريقة غير مباشرة وكان متضمناً اعتداء على الحقوق الأساسية للمواطن يتعين استبعاده من جلسة المرافعة حتى ولو كان دليلاً ملائماً أو موضوعياً .

أما في كندا فقد انحصر نطاق قاعدة مشروعية الدليل، فالمحاكم تقبل عامة كل دليل ملائم أو موضوعي دون حساب لكيفية الحصول عليه ، حتى ولو كان ذلك بطريقة غير مشروعة إلا أن الفقه الكندي انتقد هذا الوضع وذهب إلى ضرورة الأخذ بالحل الوسط الذي تتبناه اسكتلندا وأيرلندا وأستراليا ، فقد اقترح تعديل استبعاد الدليل الذي تم الحصول عليه في ظروف تجعل قبوله لدى القضاء يشوه صورة العدالة .

أما في الدول ذات النزعة الاشتراكية كالاتحاد السوفيتي (روسيا) فإنها استقرت على قاعدة مشروعية الدليل وأصبحت ركيزة أساسية تستوجب ضرورة اتفاق الدليل مع القاعدة المكتوبة ومع الوعي القانوني الاشتراكي[735].

مدى مشروعية الأخذ بدليل الإكراه :

الإكراه المعول عليه في عدم مشروعية الدليل هو ما توافرت فيه العناصر التي يتطلبها القانون والشروط اللازمة لقيامه .

فالشروط الواجب توافرها في الإكراه ليكون معيباً للدليل هي :

1- أن يتم التأثير على الإرادة بوسائل غير مشروعة في ذاتها .
2- أن تؤدي الوسيلة السابقة إلى التأثير على إرادة الشخص الذي يقع عليه الإكراه سواء بإهدارها كلية أو التقليل من درجة وعي إرادته .

([734]) النظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص459 .

([735]) النظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص474 وما بعدها .

3- أن يأتي الدليل حصيلة الإكراه أي بمعنى أن يكون هنالك صلة سببية بين الإكراه والدليل المتحصل بمعنى أن يكون الإكراه هو السبب في الدليل المتحصل من الشخص المكره[736].

مدى مشروعية الدليل المستمد من الوسائل العلمية :

إن جميع الوسائل التي من شأنها التأثير على إرادة المتهم وعلى حريته في الاختيار لا يجوز اللجوء إليها بقصد الحصول على الاعتراف ، حيث أنها تشكل اعتداءً على حق الدفاع لكونها تؤدي إلى انتزاع اعترافه رغماً عنه . والذي يجب أن يكون تلقائياً دائماً دون أدنى تأثير ، وإلا كان هذا الدليل باطلاً .

بالإضافة إلى ذلك فأن هذه الوسائل ليس موثوقاً من نتائجها ، فهي لم تتأكد علمياً بصورة دقيقة ، حيث تتراوح على النسبة وعدم الضمان للنتيجة ، فلا يمكن الاعتماد عليها في أدلة الإثبات .

ومع ذلك يمكن الاستعانة بها للتعرف على خيوط الجريمة بشرط أن تؤمن فيها كافة الضمانات للشخص المستخدمة عليه الوسيلة العلمية ، وأهم هذه الضمانات أن يقوم بها أخصائيين ذوي كفاءة عالية في الجهاز المستخدم ، وبإشراف سلطات التحقيق[737].

ومن الوسائل العلمية الحديثة استخدام العقاقير المخدرة وجهاز كشف الكذب والتنويم المغناطيسي والتسجيل الصوتي للأحاديث الشخصية والتقاط الصور الخفية والتحليل التخديري بالإضافة إلى وسائل الاستعراف على المتهمين كالبصمات والكلاب البوليسية .

ففي المادة 613 من قانون العقوبات الإيطالي تنص على (معاقبة كل من تسبب في سلب حرية الإرادة والتفكير لدى شخص ما بالتنويم المغناطيسي أو استخدام المواد الكحولية أو المخدرة ، سواء كان ذلك بموافقته أم لا) ولذلك قضت محكمة النقض الإيطالية بعدم جواز اللجوء إلى استخدام كل وسيلة من شأنها التأثير على حرية الإرادة لدى المتهم .

كما حظرت بموجب المادة 188 من قانون الإجراءات الجنائية الإيطالي الجديد رقم 447 الصادر بتاريخ 16 فبراير عام 1988م استخدام الوسائل أو الآلات التي من شأنها التأثير على حرية اتخاذ القرار أو التغيير في الذاكرة وتقدير الأفعال[738].

وقضت محكمة سويسرية بحظر استعمال التنويم المغناطيسي في مجال التحقيق ، ومع ذلك فقد أجازت استخدامه بناء على رغبة المتهم في الدفاع عن نفسه وفي سبيل تحقيق مصلحته[739].

([736]) نظرية الاقتناع الذاتي لمفيدة سويدان ، المرجع السابق ، ص545 .

([737]) حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته لموسى رحومه ، المرجع السابق ، ص109 ـ 110 .

([738]) رحومة ، موسى مسعود ، قبول الدليل العلمي أمام القضاء الجنائي ، دراسة مقارنة ، (بنغازي ، منشـورات جامعـة قـاريونس، ط1 ، 1999م) ص131 ـ 132 .

([739]) الشهاوي ، قدري عبد الفتاح ، الموسوعة الشرطة القانونية (القاهرة ، مكتبة عالم الكتب ، 1966م) ص102 .

وكذلك فالقضاء الفرنسي يرفض استخدام التنويم المغناطيسي بدعوى أنه ينطوي على اعتداء على سلامة الجسم والعقل معاً ، وعلى ذلك تنص المادة 39 من قانون العقوبات الفرنسي إلى معاقبة كل من يتسبب في وقوع اعتداء يمس سلامة الجسم أو العقل لأي شخص[740].

كما استقر الفقه والقضاء الأنجلو أمريكي على استبعاد الاعتراف الناتج عن التنويم المغناطيسي ، على اعتبار أن في ذلك مساس بحق الدفاع[741].

وكذلك فإن جهاز كشف الكذب فيه اعتداء على حق المتهم في الصمت فإذا كان القضاء يسمح للمتهم بالحرية في أن يكذب دفاعاً عن نفسه ، ولذلك لا يحلف اليمين . فإنه لا يجوز سلب هذه الحرية منه بإخضاعه لأجهزة كشف الكذب التي تتجاوز جسمه المادي إلى تفتيش نفسيته[742].

وبذلك يتضح أن أغلب القوانين الوضعية لا تعول على الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية في بناء الأحكام الجنائية وتحكم بموجبها على إدانة المتهم أو براءته وإنما أكثرها تستخدم هذه الوسائل لتعزيز أدلة الإثبات الأخرى ، ويرجع ذلك إلى المحافظة على الحريات الأساسية للمتهم .

أوجه الاتفاق بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في مشروعية الأدلة الجنائية[743]: -

1- يتفق القانون الوضعي مع الشريعة الإسلامية بضرورة أن يكون الدليل مشروعاً لكي يعول عليه في بناء الأحكام الجنائية ، أما إذا تم الحصول على الدليل من طريق غير مشروع فلا يجوز الاعتماد عليه في إدانة المتهم .
2- احترام المساكن وعدم انتهاك حرمتها من المبادئ المتفق عليها بين الشريعة والقانون الوضعي ومن ثم فأي دليل يتم الحصول عليه أو يكتشف عن طريق انتهاك حرمة المنازل يعتبر باطلاً وكأن لم يكن ، ولا يعاقب المتهم بمقتضى هذا الدليل غير المشروع .
3- أن الحصول على الاعتراف من المتهم عن طريق التعذيب ، أو الإكراه المعنوي ، يعتبر هذا الاعتراف باطلاً ، ومن ثم لا يجوز الاعتماد عليه في بناء الأحكام الجنائية في الشريعة والقانون الوضعي ، ولذلك يتعين الحكم ببراءة المتهم من التهمة المسندة إليه إذا لم يكن دليل آخر في الدعوى .

---

(740) طنطاوي ، إبراهيم حامد مرسي ، سلطات مأمور الضبط القضائي ، دراسة مقارنة (رسالة دكتوراه ، ط1 ، 1993م) ص792 .
(741) النبراوي ، محمد سامي ، استجواب المتهم (رسالة دكتوراه ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1968م) ص488.
(742) الإثبات بين الازدواج والوحدة لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص122 .
(743) حجية القرائن في الإثبات الجنائي للترهوني ، المرجع السابق ، ص87 .

البطلان في الإجراء الجنائي :
تحكم السياسة الإجرائية للبطلان بوجه عام نظريتان :
النظرية الأولى :

وترى التوسع في حالات البطلان على أساس أن نصوص قانون الإجراءات الجنائية وضعت لكي تحترم ، وأنه يتعين على القاضي مراقبة سلامتها في ضوء النصوص التي نظمت مباشرتها والحكم بالبطلان جزاءً على مخالفة هذه النصوص ، وأن العدالة لا تستحق أن تحمل شرف اسمها إلا باحترام نصوص القانون(744).

وفي إطار هذه النظرية ظهر مذهب البطلان الشكلي (المطلق)

ومقتضاه أن البطلان يقع نتيجة مخالفة جميع قواعد الإجراءات الجنائية التي تنظم إجراءات الخصومة الجنائية ، وبمعنى آخر هو مخالفة أية قاعدة شكلية ، وما دام القانون يتطلب إجراء معيناً فيجب اتخاذه طبقاً لما أراده القانون ، فإذا تمت مخالفة ذلك فإن جزاء ذلك هو البطلان(745).

النظرية الثانية :

وترى أن الإسراف في حالات البطلان يضر بفاعلية العدالة الجنائية في مواجهة ازدياد الإجرام ، مما يتعين معه تقييد هذه الحالات في ضوء ما يستخلصه القانون أو القاضي من مخالفة جوهرية لقواعد الإجراءات الجنائية ، وفي إطار هذه النظرية ظهرت ثلاثة مذاهب للبطلان(746). وهي على النحو التالي :

أولاً : مذهب البطلان القانوني :

ومؤدى هذه النظرية أن البطلان لا يتقرر إلا بنص القانون . فأي مخالفة لإجراء من الإجراءات ، لا يترتب عليها البطلان إلا إذا قرر القانون ذلك صراحة بنص قانوني .

فحالات البطلان إنما يستقل المشرع بتحديدها ولا يملك القاضي تقريرها . وفي ذلك ضمان أكيد لتحقيق العدالة وتجنب لتحكم القضاة وتناقض الأحكام بيد أن أكبر عيوبها هو النقص ، إذ تقصر عن توفير حماية كاملة لقواعد الإجراءات عندما يجد القاضي أن المصلحة تقضي بتقرير البطلان في حالة لم يتناولها المشرع بالنص ، مما يؤدي إلى إهدار المصلحة التي تهدف القاعدة الإجرائية إلى حمايتها ، وقد أخذ القضاء الفرنسي بهذه النظرية(747).

---

(744) النقض في المواد الجنائية لأحمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص175 .

(745) النقض في المواد الجنائية لأحمد سرور ، المرجع السابق ، ص176 . ونظم الإجراءات الجنائية لجلال ثروت ، المرجع السابق ، ص563 وشرح قانون الإجراءات الجنائية لمحمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص359 . والشرعية الدستورية وحقوق الإنسان لأحمد سرور ، المرجع السابق ، ص369 .

(746) النقض في المواد الجنائية لأحمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص176 .

(747) نظم الإجراءات الجنائية لجلال ثروت ، المرجع السابق ، ص564 ونظرية البطلان لأحمد سرور ، المرجع السابق ، ص115 وشرح قانون الإجراءات الجنائية لمحمود حسني ، المرجع السابق ، ص360 .

ثانياً : مذهب البطلان الذاتي :

ومقتضى هذه النظرية أن كل مخالفة لقاعدة جوهرية يترتب عليها بطلان الإجراء المخالف ، ولو لم ينص القانون صراحة على ذلك الجزاء . وقد تبنى القضاء الفرنسي هذه النظرية ثم تبعه القضاء المصري(748).

ثالثاً : مذهب (لا بطلان بغير ضرر) :

فيشترط للبطلان أن يكون قد أصاب بالضرر الطرف الذي يطالب به ، ويستوي في ذلك أن يكون القانون قد نص على أحوال البطلان أو ترك للقاضي أمر تحديد هذه الأحوال ، وقد أخذ قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي بمادته 802 وقانون المرافعات الفرنسي بمادته 2/14 بهذا المبدأ(749).

مذهب القانون المصري :

وقد اعتنق المشرع المصري نظرية البطلان الذاتي ، فالقاعدة العامة في البطلان ، وضعتها المادة 331 من قانون الإجراءات الجنائية واعتمدت فيها على فكرة الإجراء الجوهري حيث نصت على أنه (يترتب البطلان على عدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بأي إجراء جوهري) ومن الإجراءات الجوهرية التي يترتب عليها البطلان علانية الجلسات وعلانية النطق بالأحكام واصطحاب كاتب أثناء التحقيق والتوقيع على الحكم ، والقبض والتفتيش والاستجواب والحبس الاحتياطي والاختصاص المكاني(750).

مذهب القانون الفرنسي :

جمع قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي المعدل بالقانون الصادر في 4 يناير 1993م والمعمول به اعتباراً من أول مارس 1993م بين المذاهب الثلاثة السابقة . فأخذ بمذهب البطلان القانوني بالنسبة لأحوال البطلان المتعلقة بالنظام العام (المادة 171 إجراءات فرنسي المعدلة بالمادة 71 من القانون الصادر في 4 يناير 1993م) . وأخذ بمذهب البطلان الذاتي ومذهب لا بطلان بغير ضرر بالنسبة لأحوال البطلان المتعلقة بمصلحة الخصوم ، فأجاز البطلان لعيب جوهري بشرط أن يلحق ضرراً بمصالح الخصم الذي يتعلق به العيب (المادة 172 إجراءات فرنسي المعدلة بالمادة 71 من القانون الصادر في 4 يناير 1993م)(751).

ولذلك فأنواع البطلان هي :

---

(748) نظم الإجراءات الجنائية لجلال ثروت ، المرجع السابق ، ص564 ـ 565 والوسيط لأحمد سرور ، المرجع السابق ، ص283 . وشرح قانون الإجراءات الجنائية لمحمود حسني ، المرجع السابق ، ص360 .

(749) النقض في المواد الجنائية لأحمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص178 .

(750) نظم الإجراءات الجنائية لجلال ثروت ، المرجع السابق ، ص566 ـ 567 .

(751) النقض في المواد الجنائية لأحمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص179 .

1- البطلان المطلق : وهو ما يتعلق بالنظام العام ، بمعنى أنه مقرر ليس فقط جزاء لمخالفة قاعدة إجرائية جوهرية ، وإنما جزاء لمخالفة قاعدة إجرائية جوهرية تتعلق بالنظام العام ، وكان الهدف منها حماية الصالح العام .
2- البطلان النسبي : وهو ما يتعلق بمصلحة المتهم أو الخصوم(752).

ما عليه التطبيق في المملكة العربية السعودية :

فقد خصص المنظم السعودي الفصل التاسع من نظام الإجراءات الجزائية الجديد(753) لأوجه البطلان للمواد من 188 إلى 192 حيث بينت المادة 188 أن (كل إجراء مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية ، أو الأنظمة المستمدة منها يكون باطلاً) .

كما أن للمحكمة أن تقضي بالبطلان ولو بغير طلب إذا كان البطلان راجع إلى عدم مراعاة الأنظمة المتعلقة بولاية المحكمة من حيث تشكيلها أو اختصاصها بنظر الدعوى ، وله الحق في التمسك به في أي حالة كانت عليها الدعوى . وهذا ما بينته المادة 198 من هذا النظام .

كما أوضحت في المادة 190 بأنه إذا كان البطلان راجعاً إلى عيب يمكن تصحيحه فعلى المحكمة تصحيحه ، وإن كان راجعاً إلى عيب لا يمكن تصحيحه فتحكم ببطلانه .

كما أنه لا يترتب على بطلان الإجراء بطلان الإجراءات السابقة عليه ولا الإجراءات اللاحقة له إذا لم تكن مبنية عليه . وهذا ما أوضحته المادة 191 من هذا النظام .

كما بينت المادة 192 على أنه إذا وجدت المحكمة في الدعوى عيباً جوهرياً لا يمكن تصحيحه فعليها أن تصدر حكماً بعدم سماع هذه الدعوى ، ولا يمنع هذا الحكم من إعادة رفعها إذا توافرت الشروط النظامية .

---

(752) شرح قانون الإجراءات الجنائية لمحمود حسني ، المرجع السابق ، ص365 ونظم الإجراءات الجنائية لجلال ثروت ، المرجع السابق ، ص568 - 569 .

(753) والصادر بالمرسوم الملكي رقم م/39 وتاريخ 1422/7/28هـ .

الفصل الرابع

معايير الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي

المبحث الأول : الاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي معياراً للإدانة .

أولاً : التعريف بالاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي .

ثانياً :معيار اليقين في الأحكام الجنائية .

ثالثاً : مصادر اليقين في الأحكام الجنائية .

رابعاً : ضمانات تطبيق مبدأ الاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي .

خامساً : شروط الاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي .

سادساً : النتائج المترتبة على قاعدة وجوب بناء الأحكام الجنائية على الجزم واليقين .

سابعاً : مبدأ يقينية الدليل في الشريعة الإسلامية .

المبحث الثاني : تفسير الشك لصالح المتهم معياراً للبراءة

أولاً : مضمون قاعدة الشك يفسر لصالح المتهم .

- علاقة القاعدة بقرينة البراءة .
- علاقة القاعدة بقاعدة درء الحدود بالشبهات .

ثانياً : نطاق تطبيق قاعدة الشك يفسر لصالح المتهم .

ثالثاً : القيود القضائية الواردة على تطبيق قاعدة الشك يفسر لصالح المتهم .

رابعاً : تطبيقات قضائية لمحكمة النقض على قاعدة الشك يفسر لصالح المتهم .

الفصل الرابع

معايير الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي

تمهيد وتقسيم :

تهدف الخصومة الجنائية إلى معرفة الحقيقة المطلقة ، مما يقتضي أن يصدر حكم القاضي بالإدانة عن اقتناع يقيني بصحة ما ينتهي إليه من وقائع ، لا بمجرد الظن والاحتمال ، إذ أن الشك يفسر لمصلحة المتهم ، أخذاً بقاعدة أساسية أن الأصل في الإنسان البراءة .

وبناء على ذلك فسوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول من خلالها وجوب الاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي معياراً للإدانة ، وتفسير الشك لصالح المتهم معياراً للبراءة ، وذلك على النحو التالي :

المبحث الأول : الاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي معياراً للإدانة .

المبحث الثاني : تفسير الشك لصالح المتهم معياراً للبراءة .

المبحث الأول

الاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي معياراً للإدانة

تمهيد :

سبق القول أن اليقين هو أساس الحقيقة القضائية ، وفضلاً عن ذلك فإن هذا اليقين هو الذي يولد ثقتنا في عدالة حكم القضاء . واليقين القضائي ليس هو اليقين الشخصي ، بل هو اليقين الذي يفرض نفسه على القاضي وعلى كافة من يتطلعون بالعقل والمنطق إلى أدلة الدعوى[754].

أولاً : التعريف بالاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي :

هو عبارة عن اقتناع مستند إلى حجج ثابتة وقطعية[755] . أو هو عبارة عن اعتقاد القاضي بأن ما وصل إليه هو الحقيقة[756].

وقد أفصح المشرع المصري في المادة 302 من قانون الإجراءات الجنائية عن اعتناق مبدأ الاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي ، فقد نصت على (أن القاضي يحكم في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته ، ومع ذلك لا يجوز أن يبني حكمه على أي دليل لم يطرح أمامه في الجلسة ، وكل قول يثبت أنه صدر من أحد المتهمين أو الشهود تحت وطأة الإكراه أو التهديد به ، يهدر ولا يعول عليه) وهذا النص لم يقرر المبدأ فقط بل قرر كذلك الوسيلة التي عن طريقها يكون القاضي الجنائي اقتناعه اليقيني[757].

واليقين يتسم بالثبات ، وثبات اليقين معناه أنه إذا ما عرضت القضية التي وصل فيها إلى درجة معينة من اليقين على قاضي آخر أو ثالث أو رابع لوصلوا إلى نفس درجة اليقين التي وصل إليها القاضي الأول أو إلى درجة قريبة منه بخصوص هذه القضية[758].

واليقين الثابت هو يقين مشترك بين جميع القضاة أو معظمهم إذا ما تواجدوا في نفس الظروف والملابسات بخصوص قضية معينة ، أو هو القاسم المشترك الذي يجمع بين مجموعة من القضاة بخصوص إدانة أو براءة شخص معين[759].

ثانياً : معيار اليقين في الأحكام الجنائية :

يحكم القاضي الجنائي في الدعوى بعد تمحيص أدلتها واقتناعه بعناصر الإثبات فيها ببراءة المتهم لعدم كفاية الأدلة أو لعدم ثبوتها في حق المتهم ، أما إذا اقتنع بعناصر الإثبات بما يطمئن إلى ثبوت التهمة في حق المتهم وتأكد من اتصاله

([754]) الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية لأحمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص464 .

([755]) حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته لموسى رحومة ، المرجع السابق ، ص131 .

([756]) نظرية الاقتناع الذاتي لمفيدة سويدان ، المرجع السابق ، ص183 .

([757]) الحسيني ، عمر الفاروق ، مدى تعبير الحكم بالإدانة غير الصادر بالإجماع عن الاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي (مجلة المحامي ، السنة 17 ، أعداد يناير ـ فبراير ـ مارس 1993م ، تصدرها جمعية المحامين الكويتية) ص159 .

([758]) تأسيس الاقتناع القضائي للجوهري ، المرجع السابق ، ص135 .

([759]) هلالي ، عبد الإله أحمد ، الحقيقة بين الفلسفة العامة والإسلامية وفلسفة الإثبات الجنائي (القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1987م) ص543 .

بالواقعة على نحو أقوال الشهود أو اعترافه وكافة وسائل الإثبات ، فإنه يحكم مستنداً إلى هذه المصادر والأدلة حكماً يتفق مع العقل والمنطق . وهذا هو اليقين الحق (الحقي) الذي لا شك ولا مرية فيه بحيث يجعل حكم القاضي دائماً عنواناً للحقيقة[760].

ثالثاً : مصادر اليقين في الأحكام الجنائية :

يسند القاضي الجنائي يقينه في بناء الأحكام الجنائية إلى مصدرين[761]:

1 ـ المصدر العيني لليقين :

يجد المصدر العيني لليقين عناصره في كل من الشهادة والاعتراف وأقوال المتهم على متهم ، كلما كانت على قدر من الصدق الذي يؤدي إلى الحقيقة القضائية ، وعلى ذلك فإن لقاضي الموضوع كلما رأى في عناصر المصدر العيني ما لا يعتبره ذو أهمية في الدعوى ، أو ليس هناك لزوماً له فيطرحه جانباً استناداً إلى سلطته في تقدير الأدلة .

2 ـ المصدر العلمي لليقين :

يجد المصدر العلمي عناصره التي تكون على أساس من العلم والمعرفة . فيستمد القاضي الجنائي اليقين العلمي من عناصره ، وهي المعاينة ونتائجها والخبرة الفنية والاستجواب والتسجيلات الصوتية والمرئية متى تمت في نطاق القانون ودون عيوب إجرائية .

ويعتبر اليقين بمصدريه العيني والعلمي هما عنوان الحقيقة القضائية كلما توافقا . وذهب البعض[762] إلى القول بأن مصادر اليقين هي اليقين القانوني واليقين المعنوي . فاليقين القانوني هو تلك الحالة الناجمة عن القيمة التي يضفيها القانون على الأدلة ويفرضها على القاضي بمقتضى ما يصدره من قواعد قانونية محددة ، وهذا النوع من اليقين هو الذي كان سائداً في القانون الفرنسي القديم والقوانين التي سارت على دربه ، أما اليقين المعنوي فهو تلك الحالة الذهنية للشخص الذي يعتقد بحدوث واقعة لم تحدث أمام عينيه ، وهذا هو الإجراء المتبع في الإجراءات المعاصرة .

وهذا القول نرى أنه يشير إلى مصادر اليقين بوجه عام والمصادر الحقيقية للاقتناع اليقيني هو المصدر العيني والمصدر العلمي كما أشرنا سابقاً .

رابعاً : ضمانات تطبيق مبدأ الاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي :

سبق القول بأن القانون كفل ضمانات للمتهم يحاط بها في جميع الإجراءات الجنائية وأن لا يتم الحكم عليه بالإدانة إلا بعد التأكد من وجود هذه الضمانات ، والقاضي الجنائي لا يحكم بإدانة المتهم إلا بالاقتناع اليقيني ومعيار ذلك هو اليقين

([760]) الإثبات الجنائي بالقرائن لعبد الحافظ عابد ، المرجع السابق ، ص706 . وأنظر تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان لعبد الرحمن بن ناصر السعدي (بيروت ، مؤسسة الرسالة ، ط2 ، 1417هـ ـ 1997م) ، ص777 حيث ورد في تفسير قوله تعالى (إن هذا لهو حق اليقين) الآية 95 من سورة الواقعة أي الحق الذي لا شك فيه ولا مريه .

([761]) الإثبات الجنائي بالقرائن لعبد الحافظ عابد ، المرجع السابق ، ص708 .

([762]) النظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص367 .

الحق الذي يجعل الحكم عنواناً للحقيقة ، لذلك تطبيق القاضي الجنائي لمبدأ الاقتناع اليقيني يجب أن يحاط بالضمانات التالية :

1 ـ تسبيب الحكم :

فيعتبر تسبيب الأحكام من أهم الضمانات الجوهرية التي اقتضاها مبدأ الشرعية ، ويترتب على عدم التسبيب أو التناقض في التسبيب بطلان الحكم[763].

2 ـ أن يقوم الحكم على أدلة طرحت في الجلسة :

ليس للقاضي الجنائي أن يحكم في الدعوى بناءً على أدلة لم تطرح في جلسة المحاكمة ، فالقانون أوجب على القاضي أن يبني اقتناعه على أدلة طرحت في الجلسة[764].

وعلى ذلك فإن قيام الحكم على ما لا سند له في أوراق الدعوى أو على دليل لم يطرح في جلسة الحكم يجعله قابلاً للطعن لما شابه ذلك من قصور يستوجب بها نقضه[765].

كما أن المشرع استلزم لصحة الحكم أن يتضمن عناصر الإثبات ، وبيان مؤداها وما تضمنه كل منها ، والعلة في ذلك أن عدم بيان مؤدى الدليل يجعل الحكم خالياً مما استشهدت به المحكمة من أدلة أشارت إليها ، وهو ما لا يمكن معه الاطمئنان إلى إحاطة المحكمة بالدعوى وأدلتها ، وعلى ذلك لا يكفي القول بأن التهمة ثابتة في حق المتهم بأقوال الشهود دون بيان لأقوال الشهود أو الأدلة الأخرى[766].

خامساً : شروط الاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي :

في الحكم بالبراءة لا يحتاج القاضي الجنائي إلى الاقتناع اليقيني بل يكفي أن يشكك في الأدلة المقدمة في الدعوى لكي يحكم بالبراءة على المتهم . أما الحكم بالإدانة فلا يحكم به القاضي الجنائي إلا بالاقتناع اليقيني بالإضافة إلى أنه يحتم اجتماع الشروط التالية للحكم بالإدانة :

1 ـ اعتماد الحكم على أدلة قضائية :

أي أن يكون مبنياً على أدلة قضائية مطروحة في جلسة المحاكمة ، ولها أصل في أوراق القضية المطروحة أمام القاضي[767].

وأن يكون متاحاً للخصوم بحيث يستطيع كل منهم أن يدافع عن الدليل إذا كان في صالحه ، أو يضعفه ويشكك فيه إذا كان ضده ، والواقع أن اعتماد الحكم على الأدلة القضائية يستمد قوته ووجوده من حرية الإثبات وهي متاحة للقاضي الجنائي كما هي للخصوم[768].

([763]) الإثبات الجنائي بالقرائن لعبد الحافظ عابد ، المرجع السابق ، ص709 .

([764]) الإثبات الجنائي بالقرائن لعبد الحافظ عابد ، المرجع السابق ، ص710 .

([765]) الإجراءات الجنائية لمأمون سلامه ، المرجع السابق ، ص150 .

([766]) الإثبات في المواد الجنائية لمحمود مصطفى ، المرجع السابق ، ص108 .

([767]) سرور ، أحمد فتحي ، الوجيز في الإجراءات الجنائية (القاهرة ، 1983م) ، ص392 .

([768]) مدى تعبير الحكم بالإدانة للفاروق الحسيني ، المرجع السابق ، ص161 ـ 162 .

فقد انتهت محكمة النقض المصرية في أحكامها إلى تقييد حرية القاضي في الأخذ بما يرتاح إليه من الأدلة واشترطت لذلك أن يكون الدليل له أساس في الأوراق وأن تكون وقائع الدعوى مؤيدة لما اقتنعت به المحكمة حيث قضت بأن (من حق محكمة الموضوع أن تأخذ بما ترتاح إليه من الأدلة وأن تأخذ بأقوال الشاهد في أي مرحلة وأن تلتفت عما عداه دون أن تلتزم بتحديد موضع الدليل من الأوراق ما دام له أساس فيها)[769].

وقد أكدت محكمة التمييز اللبنانية على وجوب أن يستمد القاضي اقتناعه من أدلة طرحت بالجلسة وخضعت لمناقشة الخصوم ، فإذا استمد اقتناعه إلى أدلة لم تطرح في الجلسة للمناقشة كان حكمه باطلاً ، وذلك بقولها (وحيث أن الاعتماد على دليل مستمد من مستند لم يوضع موضع المناقشة يشكل خرقاً لمبدأ شفوية المحاكمة ويجر إلى نقض الحكم المطعون فيه)[770].

2 ـ صحة الدليل :

ينبغي ألا يؤسس القاضي اقتناعه على دليل لحقه سبب يبطله ويعدم أثره إذ لا يصح أن يبنى حكم صحيح بالإدانة أو البراءة على دليل باطل في القانون[771].

وسبق أن ذكرنا بأن الحكم بالإدانة يجب أن تكون جميع الأدلة التي استند إليها القاضي الجنائي مشروعة والإجراءات مشروعة على عكس الحكم بالبراءة ، فقد يؤخذ بدليل جاء من طريق غير مشروع ويبني القاضي الجنائي عليه حكمه بالبراءة[772].

فصحة الدليل ومشروعيته تمثل ضماناً كبيراً للحرية الفردية ، بل وللعدالة ذاتها ، كما أنها تحمل القائمين على تجميع أدلة الإدانة أو الاتهام على القيام بعملهم بنزاهة وذمة[773]، فليست الإدانة هي الغاية وإنما الغاية هي تحقيق العدالة والكشف عن الحقيقة ، ولا يهدم قرينة البراءة إلا الاقتناع اليقيني المبني على أدلة صحيحة ومشروعة .

فقد أكدت محكمة التمييز اللبنانية على وجوب أن يستمد القاضي اقتناعه من أدلة صحيحة وذلك بحكمها (وبما أن الهيئة الاتهامية قد اعتمدت وقائع مادية غير صحيحة ، فتكون بذلك قد أوردت تعليلاً خاطئاً ، وتكون بالتالي قد خالفت القانون ، ولا يرد على ذلك بأنها استعملت حقها بتقدير الوقائع والأدلة ، إذ أن حق التقدير هذا المخول لها مرتبط بالوقائع والأدلة الصحيحة لا بوقائع وأدلة مغلوطة مادياً)[774].

([769]) نقض جلسة 1979/1/11م السنة 30 ، ص79 نظام إثبات الدعوى لعلي رسلان ، المرجع السابق ، ص108 ـ 109 .

([770]) تمييز جزائي لبناني قرار رقم 165 تاريخ 1973/5/26م، مجموعة اجتهادات محكمة التمييز الجزائية، الجزء الثالث، ص5، ربيع، عماد محمد أحمد ، حجية الشهادة في الإثبات الجزائي ، دراسة مقارنة (عمان ، الأردن ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 1999م) ص374 .

([771]) مبادئ الإجراءات الجنائية لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص740 .

([772]) راجع في ذلك موقف القاضي واقتناعه الذاتي من الدليل غير المشروع في الإدانة والبراءة في المبحث الثاني من الفصل الثالث من هذه الدراسة .

([773]) مدى تعبير الحكم بالإدانة للفاروق الحسيني ، المرجع السابق ، ص162 .

([774]) تمييز جزائي لبناني قرار رقم 107 تاريخ 1969/5/20م ـ موسوعة الاجتهادات الجزائية ، ص14 ، حجية الشهادة في الإثبات الجزائي لعماد ربيع ، المرجع السابق ، ص373 .

ولذلك فلابد من أن يكون القاضي الجنائي اقتناعه الذاتي بناءً علي دليل مستمد من إجراء صحيح فلا يجوز الاستناد إلى دليل استمد من إجراء باطل وإلا أبطل معه الحكم ، فما بني على باطل فهو باطل[775].

3 – أن يكون اقتناع القاضي سائغاً عقلاً ومنطقاً :

فيجب أن يكون الاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي موضوعياً[776]. وعلى ذلك فللمحكمة ألا تعول على دفاع المتهم ودفعه بدليل معين إذا لم تقتنع بذلك ورأت أن هذا الدفاع لا يعيب الحكم فقد أكدت محكمة النقض المصرية على صحة تقدير قاضي الموضوع المبني على أسباب سائغة بقولها (للمحكمة أن تقرر عدم صحة ما يدعيه المتهم من أن الاعتراف المعزو إليه قد انتزع منه بطريق الإكراه ، بغير معقب عليها ، ما دامت تقيم تقديرها على أسباب سائغة ، وكان سلطان الوظيفة في ذاته بما يسبغه على صاحبه من اختصاصات وإمكانيات لا يعد إكراهاً ما دام هذا السلطان لم يتصل إلى المتهم بالأذى مادياً كان أم معنوياً ، ومجرد الخشية منه لا يعد من قبيل الإكراه المبطل للاعتراف لا معنى ولا حكماً)[777].

وليس لمحكمة النقض رقابة على تقدير قاضي الموضوع ، إلا أنه متى خرج ذلك عن المألوف إلى الشاذ الذي يتجافى مع المنطق ، فإنه يعتبر فساداً في الاستدلال مستوجباً نقض الحكم[778].

سادساً : النتائج المترتبة على قاعدة وجوب بناء الأحكام الجنائية على الجزم واليقين :

يترتب على قاعدة وجوب بناء الأحكام الجنائية على الجزم واليقين عدم إدانة المتهم بناءً على الظن أو الاحتمال والتخمين أو حتى الترجيح .

ويعتبر الحكم فاسد الاستدلال إذا جزم بثبوت الواقعة تأسيساً على دليل لا يؤدي بالضرورة واللزوم العقلي إلى الجزم بثبوتها[779].

وبناءً على ذلك يكون حكم الإدانة معيباً إذا ما تأسس على ترجيح بثبوت التهمة ، أو إذا كان قد بني على مجرد افتراضات أو استنتاجات تخمينية لا يؤيدها الواقع[780].

وتأكيداً لذلك قضت محكمة التعقيب التونسية بأنه (لا تبنى الأحكام على الظن والتخمين وتأسيساً على ذلك فإذا قضت المحكمة بما لا يمكن الاعتماد عليه من

([775]) نظام إثبات الدعوى لعلي رسلان ، المرجع السابق ، ص109 .

([776]) الوجيز في الإجراءات الجنائية لأحمد سرور ، المرجع السابق ، ص395 وشرح قانون الإجراءات الجنائية لمحمود حسني ، المرجع السابق ، ص426 .

([777]) نقض 1985/5/31م ، مجموعة أحكام النقض ، س36 رقم 84 ، ص503 مدى تعبير الحكم بالإدانة للفاروق الحسيني ، المرجع السابق ، ص164 .

([778]) مبادئ الإجراءات الجنائية لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص790 .

([779]) الشهادة كدليل إثبات لإبراهيم الغماز ، المرجع السابق ، ص647 . ومبادئ الإجراءات الجنائية لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص630 .

([780]) حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته لموسى رحومة ، المرجع السابق ، ص133 .

الحجج والمؤيدات وكان قضاؤها مبنياً على مجرد استنتاجات تخمينية لا يؤيدها الواقع ، فإن حكمها يكون ضعيف التعليل ومستهدفاً للنقض)[781].

كما يترتب على قاعدة وجوب بناء الأحكام الجنائية على الجزم واليقين قاعدة تفسير الشك لصالح المتهم وهو ما سوف نتطرق لـه في المبحث الثاني من هذا الفصل ، فأي شك يواجه القاضي الجنائي يعزز الأدلة المقدمة من المتهم وبالتالي فإن القاضي الجنائي إذا لم يجد أدلة جازمة وقطعية في إدانة المتهم بل وجد أدلة مشكوكاً فيها فيجب أن يلتزم بالحكم ببراءة المتهم .

وتعتبر قاعدة أن الشك يفسر لصالح المتهم من أهم وأكبر الضمانات لحرية الفرد ، لأنها مترتبة على أن الأصل في الإنسان البراءة .

ويترتب على وجوب بناء الأحكام الجنائية بالإدانة على الجزم واليقين أن محكمة الموضوع ملزمة بتحقيق أي دفاع جوهري يثيره المتهم أمامها والذي يتوقف على الفصل فيه براءته مما نسب إليه[782].

سابعاً : مبدأ يقينية الدليل في الشريعة الإسلامية :

توجب الشريعة الإسلامية أن يبني القاضي الجنائي حكمه بالإدانة على المتهم بالجزم واليقين على ثبوت الواقعة الإجرامية ونسبتها إليه .

ولما كان الأصل في الإنسان البراءة فإن هذا الأصل لا يزول إلا بالدليل القاطع ، وما ثبت بيقين لا يزول إلا بيقين مثله ، ومع اليقين والقطع يزول كل شك وريب عن قلب القاضي[783].

وعلى ذلك توجب الشريعة الإسلامية عدم الحكم بالحدود الشرعية عند وجود شبهة في إثباتها ، فلا حكم مع الشبهة ، لأن الحدود تدرأ بالشبهات ، فدرأ الحدود بالشبهات قاعدة كبرى توجبها الشريعة الإسلامية عملاً بقوله صلى الله عليه وسلم (ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم)[784].

ومصداقاً لذلك قولـه تعالى : ((إِنَّ الظَّنَّ لا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً))[785] فلا يحكم القاضي بناءً على الظن والتخمين وإنما على الجزم واليقين .

وعلى ذلك فالمتهم في الإسلام له الحق بأن تفترض براءته إلى أن يقوم الدليل الذي يصل إلى حد الجزم واليقين لدحض هذه البراءة بناءً على حكم بذلك وبالتالي فكل شك يفسر لصالحه لأنه يقوي أصل البراءة فيه .

فالإدانة تقوم على اليقين ، أما البراءة فيقضي بها القاضي بناءً على الشك والاحتمال ، والقاعدة في الشريعة هي كما قال صلى الله عليه وسلم (فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة)[786] لأن العدالة تتأذى كثيراً من

([781]) تعقيب تونسي ، قرار تعقيبي جزائي مؤرخ في 1976/3/10م ، نشرية محكمة التعقيب ، القسم الجزائي لعام 1976م، ج2، رقم 15 ، ص35 ، حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته لموسى رحومة ، المرجع السابق ، ص133 .

([782]) الإجراءات الجنائية لمأمون سلامة ، المرجع السابق ، ج2 ، ص158 .

([783]) النظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص388 .

([784]) تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، المرجع السابق، ج4، أبواب الحدود، باب 2، حديث رقم 1444 ، ص572 ـ 573 .

([785]) سورة يونس ، آية 36 .

([786]) نيل الأوطار للشوكاني ، المرجع السابق ، رقم 3116 ، ص121 وتحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي ، المرجع السابق ، رقم 1444 ، ص572 ـ 573 .

عقاب برئ لأنه يتضمن ضرراً أكبر إذ يترتب عليه عقاب ذلك البريء ، وإفلات المجرم الحقيقي . أما تبرئة من لم تثبت إدانته على سبيل القطع يترتب عليه إفلات مجرم فقط[787].

وما يعزز قولنا بمبدأ يقينية الدليل في الشريعة الإسلامية أنها قررت المحافظة على حقوق الأفراد وكرامتهم ويكون ذلك بمحاكمة المتهم محاكمة عادلة وعلنية حيث قال جل وعلا : ((وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ))[788].

كما اشترطت يقينية الدليل في وجدان القاضي من بداية المحاكمة إلى نهايتها ، فاشترطت اليقين في الأدلة المقدمة في الدعوى . ففي الشهادة اشترطت اليقين في الشهود وأن يتحد كلامهم على الجريمة في الفاعل والفعل والمكان والزمان . وأن لا يقول في الشهادة أظن أو فيما أعلم . وفي الإقرار اشترطت ألا يكون بإكراه حتى لا يفقد صفة اليقين .

وعلاوة على ذلك فقد اشترط الفقهاء شروطاً معينة[789] سواء بالنسبة للشهادة أو الإقرار لقبولهما في جرائم الحدود والقصاص ، وذلك حتى يتكامل اليقين في ضمير القاضي[790].

كما اشترطت الشريعة يقينية الدليل في جميع إجراءات المحاكمة حتى الحكم والتنفيذ[791].

كما أن الحكم بالإدانة في الشريعة الإسلامية يكون بعد اقتناع القاضي على سبيل الجزم واليقين ، عن طريق أدلة الإثبات بثبوت التهمة . فلا يجوز للقاضي أن يحكم بناء على علمه الخاص أو بناء على أدلة يجمعها هو بنفسه خارج مجلس القضاء ، فاليقين هنا ينصب على الحقيقة كما تثبت أمام القضاء بناء على الحجاج والبراهين المطروحة ، وليس بناء على الحقيقة الفعلية . إذ قد تكون الحقيقة القضائية مطابقة للحقيقة الفعلية ، وقد لا تكون مطابقة . فالقاضي يحكم ويقتنع بالظاهر والله أعلم بالسرائر .

وهذا واضح من قوله صلى الله عليه وسلم (إنكم تختصمون إليّ ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فأقضي له على نحو مما أسمع منه ، فمن قطعت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه ، فإنما أقطع له به قطعة من النار)[792][793].

([787]) القيم والمصالح الموجهة للسياسة الجنائية لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص123 ـ 124 .

([788]) سورة النساء ، الآية : 58 .

([789]) في شروط الشهادة والإقرار ، أنظر المبحث الأول في الفصل الثاني من هذه الدراسة .

([790]) النظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص390 .

([791]) النظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص391 .

([792]) صحيح مسلم بشرح النووي ، المرجع السابق ، ج2 كتاب الأقضية ، حديث رقم 1713 ، ص6 .

([793]) القيم والمصالح الموجهة للسياسة الجنائية لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص121 ـ 122 .

المبحث الثاني

تفسير الشك لصالح المتهم معياراً للبراءة

تمهيد :

إذا كان الأصل في الإنسان البراءة ، فإنه يجب لإدانته أن يقوم الدليل القاطع على ارتكابه الجريمة ، بحيث يقتنع القاضي اقتناعاً يقينياً بارتكابها ونسبتها للمتهم .

فإذا ثار شك لدى القاضي في صحة أدلة الإثبات وجب أن يميل إلى جانب الأصل وهو البراءة ، أي أن الشك يجب أن يفسر لمصلحة المتهم .

وبناءً على ذلك فسوف نوضح بشيء من التفصيل قاعدة الشك يفسر لصالح المتهم.

أولاً : مضمون قاعدة الشك يفسر لصالح المتهم :

عندما لا يطمئن القاضي لثبوت نسبتها إلى المتهم ، أو عندما تكون الأدلة المقامة ضده غير كافية ، يكون القاضي الجنائي ملزماً بإصدار حكمه ببراءة المتهم ، وهو ما يعبر عنه بقاعدة أن الشك يفسر لصالح المتهم .

فهذه القاعدة تعد في المواد الجنائية أحد النتائج المباشرة لقرينة البراءة[794].

علاقة القاعدة بقرينة البراءة :

وقرينة البراءة بالنسبة للمتهم هي قاعدة عامة وواسعة ومن الأركان الأساسية في جميع التشريعات الجنائية في العالم ، لذلك اعتبرها البعض هي دستور الإجراءات الجنائية لأن كافة أحكام الإجراءات الجنائية تتفرع من قرينة البراءة ، وتدخل في إطارها في الوقت ذاته ، فالمتهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم بات[795].

وأساس ذلك أن الجريمة عمل غير مألوف ، ولا يتفق مع الأصل ، وأن وقوعها هو أمر شاذ لا يمثل القاعدة العامة ، فلا ينبغي أن يبنى عليها حكم عام[796].

فافتراض البراءة في الإنسان إذن وضع واقعي يتطابق مع طبائع الأشياء ، كما أن افتراض قرينة البراءة تتفق مع المصلحة العامة المتمثلة في ضرورة الحفاظ على حريات الأفراد وحقوقهم[797].

وقد قام على هدى قرينة البراءة إضافة إلى قاعدة الشك يفسر لصالح المتهم حق المتهم في الدفاع عن نفسه . وأصبح حقاً مقدساً يعلو على حقوق الهيئة الاجتماعية التي لا يضيرها تبرئة مذنب بقدر ما يؤذيها ويؤذي العدالة إدانة بريء[798].

ولذلك جاء في الإعلانات الدولية والاتفاقيات والمواثيق ما يؤكد ذلك حيث اعتبر من الحقوق الأساسية للإنسان تمتعه بالبراءة حتى يثبت حكم بات بإدانته .

([794]) الإثبات في المواد الجنائية لمحمد أبو عامر ، المرجع السابق ، ص171 .

([795]) مدى تعبير الحكم بالإدانة للفاروق الحسيني ، المرجع السابق ، ص104 .

([796]) مدى تعبير الحكم بالإدانة للفاروق الحسيني ، المرجع السابق ، ص138 .

([797]) الإثبات في المواد الجنائية لمحمد أبو عامر ، المرجع السابق ، ص43 .

([798]) نظام إثبات الدعوى لعلي رسلان ، المرجع السابق ، ص121 .

ففي عام 1789م صدر إعلان حقوق الإنسان متضمناً هذا المبدأ حيث نص في مادته التاسعة على أن الأصل في الإنسان البراءة حتى تتقرر إدانته ، ثم أخذت الدساتير المتعاقبة تنص على هذا المبدأ إلى أن وصل إلى الدساتير الحديثة ومنها الدستور المصري الصادر سنة 1971م إذ ينص في المادة 67 منه على (أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل لـه فيها ضمانات الدفاع عن نفسه)[799]. والحق أن أصل قرينة البراءة هو الشريعة الإسلامية[800] ، حيث يقول جل وعلا : ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْماً بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ))[801].

والواقع أن هذه الآية لا ينحصر مضمونها في المعنى الظاهر منها فقط ، بل تأمر بالتثبت أي بالتحقق واليقين من كل ادعاء ينسب إلى شخص ، حتى لا يصاب بجهالة ، أي خطأ ، وقد لا يمكن إصلاح هذا الخطأ بعد ذلك[802].

([799]) نظام إثبات الدعوى لعلي رسلان ، المرجع السابق ، ص121 ـ 122 .

([800])الإثبات في المواد الجنائية ، لمحمد أبو عامر ، المرجع السابق ، ص41 .

([801]) سورة الحجرات ، الآية : 6 .

([802]) مدى تعبير الحكم بالإدانة للفاروق الحسيني ، المرجع السابق ، ص139 .

علاقة هذه القاعدة بالقاعدة الكبرى درء الحدود بالشبهات :

لقد كانت الشريعة أسبق من القوانين الوضعية فيما يتعلق بإرساء قاعدة الشك يفسر لصالح المتهم ، وأن الحكم لابد أن يبنى على اليقين الكامل مصداقاً لذلك قوله صلى الله عليه وسلم (ادرءوا الحدود بالشبهات)[803].

وقوله صلى الله عليه وسلم (ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة)[804]. وقول عمر رضي الله عنه (لأن أخطئ في الحدود بالشبهات أحب إلي من أن أقيمها بالشبهات)[805].

ومفاد ذلك أن إثبات الجريمة لابد وأن يكون بالأدلة القاطعة بناءً على اقتناع القاضي الجنائي بالجزم واليقين . فلا مجال للإدانة في حال أن الأدلة تحوم حولها الشبهات والتشكك الذي يدور في خلد القاضي ، وإلا فإنه بهذه الحالة كان لزاماً عليه الحكم بالبراءة .

ولذلك فقاعدة درء الحدود بالشبهات في الشريعة الإسلامية تعتبر من أهم الضمانات التي يتمتع بها المتهم ، والتي ساقتها الشريعة قبل أكثر من أربعة عشر قرناً من الزمان ، في حين أن القوانين الوضعية لم تجد من القواعد الكبرى التي يتمتع بها المتهم بحجم وقوة هذه القاعدة .

ويلاحظ أن مبدأ درء الحدود بالشبهات لا يعد قاصراً فقط على العقوبات المقدرة حقاً لله تعالى ، وإنما يشتمل أيضاً العقوبات المقدرة حقاً للعبد ، بل والعقوبات التعزيرية .

كما ينطبق في كل الحالات التي يوجد فيه شك في إدانة المتهم سواء كان هذا الشك موضوعياً يتعلق بماديات الواقعة الإجرامية ، أم شخصياً يتعلق بتقدير القاضي لقيمة الأدلة المعروضة في الدعوى . كذلك فإن القاضي يلتزم التزاماً شرعياً بتطبيق هذا المبدأ الذي سنته السنة النبوية الشريفة . وبهذا يقول أصحاب المذاهب الأربعة ، وهذا المفهوم يتطابق مع الرأي السائد في القانون الوضعي[806].

وقاعدة تفسير الشك لصالح المتهم ما هي إلا من نتائج قاعدة درء الحدود بالشبهات، وذلك لأن أي شبهة تعتري الأدلة المقدمة في الدعوى تمثل شكاً لا يستطيع القاضي على ضوئها الحكم بالإدانة .

وما يعزز ذلك أن جعلت البينة دائماً على المدعي ولم تثقل كاهل المدعى عليه بإثبات براءته ، لأن الأصل في الإنسان البراءة، وأن اليقين لا يزول بالشك ، وكل شك يفسر لصالحه ، ويكفيه دفاعاً أن يفند ويشكك في الأدلة المقدمة قبله ، فيعتبر بذلك أوفر حظاً من المدعي لأنه ليس كل من ادعى حقاً أعطى بل لمن أراد أن يدعي على شخص بأن يقيم البينة على ذلك إن كان له حقاً ، فإذا أثبته بالبينة حكم له

([803]) التشريع الجنائي لعبد القادر عوده ، المرجع السابق ، ج1 ، ص208 . وذكر أن الظاهرية لم يأخذوا ذه القاعدة لأ م لم يسلموا بصحة رواية الحديث .

([804]) تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، المرجع السابق، ج4، أبواب الحدود، باب 2، حديث رقم 1444 ، ص572 ـ 573 .

([805]) تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي ، المرجع السابق ، ج4 ، ص573 .

([806]) النظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص1149 .

القاضي . والرسول صلى الله عليه وسلم يقول : (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه)[807].

وقاعدة تفسير الشك لصالح المتهم أو الطرف الضعيف لها تطبيقات في القانون المدني إلا أنها ليست بذات الأهمية التي لها في القانون الجنائي ، وذلك لأن القاضي المدني يبني اقتناعه على الدليل الراجح ، أي على قرينة المفاضلة والترجيح أو على الأدلة الأكثر إدانة بحق أحد الخصوم بالمقارنة مع ادعاءات الطرف الآخر وأدلته . أما القاضي الجنائي فإنه يبني اقتناعه على أدلة لا يمكن تبرير الحكم المبني عليها ، إلا إذا ارتقت إلى مرتبة الجزم واليقين أو على الأقل إلا إذا رقت إلى مرتبة عالية من الرجحان ينتفي معها كل شك معقول[808].

وبما أن الشك في الإدانة يستوجب القضاء بالبراءة ، لذلك نشأت قاعدة أن الشك يفسر دائماً لمصلحة المتهم[809] في القانون الوضعي .

وبناءً عليه يكون حكم الإدانة معيباً ، إذا ما تأسس على ترجيح ثبوت التهمة أو إذا كان قد بني على مجرد افتراضات أو استنتاجات تخمينية لا يؤيدها الواقع .

ولذلك إذا عجزت النيابة العامة أي الاتهام عن إقامة الدليل على وقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم بارتكابها ، فإن القاضي الجنائي يصبح ملزماً بإصدار حكمه ببراءة المتهم ذلك أن الشك في ثبوت التهمة أو في نسبتها إلى المتهم الذي لم تستطع النيابة أن تبدده يعتبر بالنسبة للمتهم دليلاً إيجابياً على براءته[810].

ويلاحظ أنه في مرحلة جمع الاستدلالات ، يمكن أن يفسر الشك ضد المتهم ، وأن اليقين المطلوب هو بالقدر الذي يكفي للإحالة إلى المرحلة التالية ، أما في مرحلة المحاكمة وهي آخر مراحل الدعوى ، فلا يكفي فيها أقل من الاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي لكي يحكم بالإدانة ، فالإدانة بذلك تستلزم أن تكون مبنية على الجزم واليقين[811].

والقضاء في مصر وفرنسا فيأخذ بهذه القاعدة أيضاً ، لأن الأحكام الجنائية يجب دائماً أن تبنى على الجزم واليقين لا على الظن والاحتمال ، فإذا كانت المحكمة لم تنته من الأدلة التي ذكرتها إلى الجزم بوقوع الجريمة من المتهم ، بل رجحت وقوعها منه فحكمها بإدانته يكون خاطئاً واجباً نقضه ، وأنه يكفي لسلامة اقتناع القاضي ببراءة المتهم التشكك في صحة إسناد التهمة له[812].

والخلاصة في ذلك أن القاضي الجنائي وفي سعيه للوصول إلى الحقيقة ، يضع نصب عينيه قرينة البراءة ، فإذا ساوره أي قدر من الشك في صحة أدلة الإدانة أو إذا تبين له عدم مشروعيتها فإنه يلتفت عنها ، وتتأيد لديه قرينة البراءة لأنها أصل

---

(807) صحيح مسلم بشرح النووي ، المرجع السابق ، ج12 ، كتاب الأقضية ، حديث رقم 1711 ، ص3 .

(808) إثبات موجبات الحدود والقصاص والتعازير لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص55.

(809) الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية لأحمد سرور ، المرجع السابق ، ص356 ومبادئ الإجراءات الجنائية لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص610 .

(810) الإثبات في المواد الجنائية لمحمد أبو عامر ، المرجع السابق ، ص171 .

(811) مدى تعبير الحكم بالإدانة للفاروق الحسيني ، المرجع السابق ، ص173 .

(812) نقض 15 أبريل 1946م مجموعة القواعد القانونية ، ج7 ، ق139 ، ص124 ونقض 16 أكتوبر 1977م أحكام النقض ، س28 ق178 ، ص860 . الإثبات في المواد الجنائية لمحمد أبو عامر ، المرجع السابق ، ص171 .

في المتهم وأي شك يفسر لصالحه ، أما إذا وزن الأدلة ووجدها متساندة في إثبات الإدانة عن جزم ويقين فيحكم بالإدانة[813].

---

(813) مدى تعبير الحكم بالإدانة للفاروق الحسيني ، المرجع السابق ، ص136 ـ 137 .

ثانياً : نطاق تطبيق قاعدة الشك يفسر لمصلحة المتهم :

الشك الذي يمكن أن يقوم في عقيدة القاضي في عملية التقدير القانوني التي يبذلها لإصدار الحكم الجنائي ، يمكن أن يكون محله أموراً عديدة ، لكن الشك الوحيد الذي يلزم القاضي الجنائي بإصدار الحكم ببراءة المتهم هو الشك الذي يكون محله الوقائع التي تتأسس عليها المسئولية الجنائية للمتهم[814].

ولذلك قد يلحق الشك بالدليل في ذاته ، أو في قيمته ، أو في صحته ، وقد يحيط بركن من أركان الجريمة ، أو عنصر من عناصرها ، أو في جميع الأدلة ومؤداها .. الخ ولا معيار يضبط ذلك كله إلا أن يكون الشك موضوعياً وليس عاطفياً ، ولا مبني على على عدم الإحاطة . وعلى ذلك فالشك الموضوعي أو الشك القضائي هو الشك الذي يفسر لصالح المتهم[815]، أما الشك الذي يتعلق بمسألة من مسائل القانون سواء تعلق بالمتهم أو القاضي فلا أثر له في هذه القاعدة[816].

كما أنه يقتصر تطبيق قاعدة الشك يفسر لمصلحة المتهم على مرحلة المحاكمة فقط، فلا مجال لهذه القاعدة في مرحلة التحقيق الابتدائي والاتهام ، وذلك لأنه يكفي أن ترجح أدلة الإدانة على أدلة البراءة لكي تحيل الدعوى إلى قاضي الحكم دون أن يصل الاقتناع إلى درجة الجزم واليقين ، بل يكفي في ذلك الترجيح ، أما إذا رأت أن الأدلة غير كافية لإدانة المتهم فإنها تصدر أمراً بألا وجه لإقامة الدعوى .

ويعني ذلك أن الشك في مرحلة المحاكمة دائماً يفسر لصالح المتهم بينما الشك في مرحلة التحقيق والاتهام يفسر ضد مصلحة المتهم[817].

ثالثاً : القيود القضائية الواردة على تطبيق قاعدة أن الشك يفسر لمصلحة المتهم :

الشك الذي يفسر لمصلحة المتهم ويحكم القاضي بموجبه ببراءته لم يسلم من القيود القضائية التي تقف أمام المجرمين الذين يفلتون من العقاب بمجرد دفعهم بالشك ، فلابد أن يكون الحكم بناءاً على :

1- حقائق ثابتة بأوراق الدعوى .
2- أن يشتمل الحكم على أن القاضي قام بتمحيص الدعوى وأنه أحاط بالتهمة وظروفها .
3- إحاطة القاضي بأدلة الثبوت وأنه وقام بموازنتها مع أدلة النفي .
4- ترجيح دفاع المتهم أو التشكيك في أدلة الإثبات عليه .

وحيث أوضحت محكمة النقض المصرية ذلك بقولها (وإنه وإن كان لمحكمة الموضوع أن تقضي بالبراءة متى تشككت في صحة إسناد التهمة إلى المتهم أو لعدم كفاية أدلة الثبوت عليه ، إلا أن ذلك مشروط بأن تلتزم الحقائق الثابتة بالأوراق ، وبأن يشتمل حكمها على ما يفيد أنها محصت الدعوى ، وأحاطت بظروفها وبأدلة

([814]) الإثبات في المواد الجنائية لمحمد أبو عامر ، المرجع السابق ، ص172 .

([815]) مدى تعبير الحكم بالإدانة للفاروق الحسيني ، المرجع السابق ، ص174 .

([816]) الإثبات في المواد الجنائية لمحمد أبو عامر ، المرجع السابق ، ص172 .

([817]) حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته لموسى رحومه ، المرجع السابق ، ص136 .

الثبوت التي قام الاتهام عليها عن بصر وبصيرة ، ووازنت بينها وبين أدلة النفي فرجحت دفاع المتهم أو داخلتها الريبة في صحة عناصر الإثبات)[818].

رابعاً : تطبيقات قضائية لمحكمة النقض على قاعدة أن الشك يفسر لمصلحة المتهم :

سبق القول بأنه يكفي أن يشك القاضي الجنائي في صحة أدلة الإثبات لكي يحكم ببراءة المتهم أي أن الشك يفسر لصالح المتهم وعلى ذلك قضت محكمة النقض المصرية في أحكام عديدة تطبيقاً لهذه القاعدة نذكر منها :

أولاً : قضت بأن (الأحكام في المواد الجنائية يجب أن تبنى على الجزم واليقين لا على الظن والاحتمال ، فإذا كانت المحكمة لم تنته من الأدلة التي ذكرتها إلى الجزم بوقوع الجريمة من المتهم بل رجحت وقوعها منه فحكمها بإدانته يكون خاطئاً)[819].

ثانياً : قضت بأنه (يكفي أن يتشكك القاضي في صحة إسناد التهمة إلى المتهم كي يقضي له بالبراءة إذ مرجع الأمر في ذلك إلى ما يطمئن إليه في تقدير الدليل ما دام الظاهر من الحكم أنه أحاط بالدعوى عن بصر وبصيرة)[820].

([818]) نقض جلسة 1979/2/11م السنة 30 ، ص236 طعن رقم 1720 السنة 48 ق نظام إثبات الدعوى لعلي رسلان ، المرجع السابق ، ص123 . ونقض 1977/1/30م مجموعة أحكام النقض س28 ق70 ، ص38 . الإثبات في المواد الجنائية لمحمد أبو عامر ، المرجع السابق ، ص178 وكتابه الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص920 .

([819]) نقض 15 أبريل 1945م مجموعة القواعد القانونية ، ج7 رقم 139 ، ص124 الإثبات الجنائي لأبو العلا علي ، المرجع السابق ، ص153 .

([820]) نقض 2 أكتوبر 1980م مجموعة أحكام النقض ، س31 رقم 158 ، ص821 . الإثبات الجنائي لأبو العلا علي ، المرجع السابق ، ص153 .

الفصل الخامس

عبء الإثبات في الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي

المبحث الأول: ماهية دور القاضي الجنائي في تقدير أدلة الإثبات في الوقائع الجنائية.

- وزن الأدلة وتقديرها .
- استبعاد الأدلة أو قبولها .
- مصدر الأدلة .
- تساند الأدلة .
- الاستثناء من قاعدة تساند الأدلة .
- تسبيب الأحكام .
- ما يميز دور القاضي الجنائي عن القاضي المدني .

المبحث الثاني: الإستثناءات على الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي في تقدير أدلة الإثبات.

الحالة الأولى : حجية بعض المحاضر في الإثبات .

الحالة الثانية : تقدير القاضي الجنائي بطرق الإثبات الخاصة بالمواد غير الجنائية.

الحالة الثالثة : القرائن القانونية .

الحالة الرابعة: تقدير القاضي الجنائي بأدلة إثبات خاصة في جريمة الزنا لشريك الزوجة .

المبحث الثالث: عبء الإثبات حول الاقتناع الذاتي في نطاق أحكام الشريعة الإسلامية.

عبء الإثبات في الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي

تمهيد وتقسيم :

يقصد بعبء الإثبات تكليف أحد المتداعيين بإقامة الدليل على صحة ما يدعيه ، ويسمى التكليف بالإثبات عبئاً لأنه حمل ثقيل ينوء به من يلقى عليه ، وإنما كان التكليف بالإثبات أمراً ثقيلاً لأن من كلف به قد لا يكون مالكاً للوسائل التي يتمكن بها من إقناع القاضي بصدق ما يدعيه[821].

وبناء على ذلك فسوف نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث . نتناول من خلالها دور القاضي الجنائي في تقدير أدلة الإثبات ، والاستثناءات الواردة على اقتناعه الذاتي في تقدير الأدلة ، وأخيراً عبء الإثبات حول الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي في الشريعة الإسلامية ، وذلك على النحو التالي :

المبحث الأول : ماهية دور القاضي الجنائي في تقدير أدلة الإثبات في الوقائع الجنائية .

المبحث الثاني : الاستثناءات الواردة على الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي في تقدير أدلة الإثبات .

المبحث الثالث : عبء الإثبات حول الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي في نطاق أحكام الشريعة الإسلامية .

---

(821) النظرية العامة للإثبات لهلالي أحمد ، المرجع السابق ، ص671 .

المبحث الأول

ماهية دور القاضي الجنائي في تقدير أدلة الإثبات في الوقائع الجنائية

نستطيع القول بأن المادة 302 من قانون الإجراءات الجنائية المصري بينت دور القاضي الجنائي في تقدير أدلة الإثبات في الوقائع الجنائية . فقد نصت على أنه (يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته)[822].

ولتوضيح هذا الدور أكثر فقد قضت محكمة النقض المصرية في قضاء مستقر (أن العبرة في المحاكمات الجنائية هي باقتناع القاضي بناء على الأدلة المطروحة عليه بإدانة المتهم أو ببراءته . ولا يصح مطالبته بالأخذ بدليل دون دليل ، كما أنه من المقرر أن لمحكمة الموضوع كامل الحرية في أن تستمد اقتناعها من أي دليل تطمئن إليه طالما أن له مأخذ صحيح من أوراق الدعوى ، فلها أن تعول في تكوين عقيدتها على أقوال متهم آخر متى اطمأنت إليها . ومن حقها كذلك أن تعول على أقوال شهود الإثبات وتعرض عما قاله شهود النفي ما دامت لا تثق بما شهدوا به ، وهي غير ملزمة بالإشارة إلى أقوالهم طالما أنها لم تستند إليها في قضائها)[823].

وعلى ذلك فإن القاضي الجنائي قد يرفض الأخذ بإقرار المتهم لما يداخله من شك في صحته . وقد يأخذ ببعض الشهادة وينبذ بعضها الآخر . وبقول شاهد في التحقيق الابتدائي دون قول آخر في جلسة المرافعة . وقد يتبنى اعتراف المتهم في محضر جمع الاستدلالات رغم عدوله عنه أمام سلطة التحقيق أو أمام المحكمة ، وقد يميل إلى الأخذ بشهادة صغير على سبيل الاستدلال أو استعراف الكلب البوليسي على المتهم . ويعزز ذلك بما بين يديه من أدلة . فالقاضي حر في ترجيح بعض الأدلة على بعض ، ومتى كان الدليل مؤدياً عقلاً إلى ما رتبته عليه محكمة الموضوع ، فلا يصح مناقشتها أمام محكمة النقض[824].

وزن الأدلة وتقديرها :

وزن الأدلة وتقديرها لا يكون إلا بعد سماعها وفحصها ، فلا يجوز للقاضي تقدير الأدلة قبل الحصول عليها وفحصها أو سماعها ، فمثلاً لا يجوز

([822]) وهو مقرر تشريعياً في فرنسا بالمواد 353 ، 427 ، 536 من قانون الإجراءات الفرنسي لعام 1958م . أنظر الإثبات في المواد الجنائية لمحمد أبو عامر ، المرجع السابق ، ص130 .

([823]) قضاء مستقر ، نقض 1973/3/26م أحكام النقض س24 ، ق89 ، ص427 ، الإثبات في المواد الجنائية لمحمد أبو عامر ، المرجع السابق ، ص130 .

([824]) نظم الإجراءات الجنائية لجلال ثروت ، المرجع السابق ، ص512 .

للقاضي أن يقدر مسبقاً بأن سماع شاهد سوف لا يضيف جديداً في الدعوى إذا كانت معلوماته لم تعرف بعد[825].

وقبول أدلة الإثبات أو عدم قبولها ليس معناه وجوب الأخذ بها أو عدم الأخذ بها ، وإنما الأخذ بها أو عدم الأخذ بها يكون تبعاً لمدى قوتها من ناحية الإثبات ، ولا يكون ذلك إلا بعد تقديرها ووزنها[826].

ووزن الأدلة بالنسبة للقاضي المدني أيسر من وزنها بالنسبة للقاضي الجنائي ، وذلك لأن الهدف من وراء الإثبات في الجنائي البحث عن الحقيقة خدمة لمصلحة الجماعة بأسرها للدفاع عنها ضد تصرفات ضارة جنائياً بالنظام والأمن العام ، وكذلك البحث عن الحقيقة خدمة للحرية والكرامة الفردية للشخص المتهم بأنه ارتكب التصرفات المهددة لتلك المصلحة .

فالدعوى الجنائية ليست مجرد تعويض مادي عن ضرر فردي وحماية لمصالح خاصة ، وإنما هي متعلقة أساساً بعقوبة عن جريمة ، وهي متعلقة أيضاً من ناحية أخرى بالحريات الفردية بسبب أن الجزاء يجب أن يوقع على جانٍ ، وليس على بريء . ولذلك جندت الوسائل للكشف عن الجاني والوصول إلى معرفة حقيقية لجميع ظروف الجريمة ، وليس في نطاق يحدده الخصوم كما في المدني ، وذلك ابتغاء تحديد التكييف القانوني أو الوصف الذي يجب أن يحاكم على أساسه هذا الجاني ويعاقب طبقاً للقانون .

وبناء على ذلك يجب أن يكون الإثبات في الجنائي أعلى درجة من الإثبات في المدني . أي أن الإدانة يجب عدم تقريرها إلا إذا كان الإثبات كاملاً ، لأن هدف الدعوى الجنائية وإجراءاتها هو الوصول إلى الكشف عن الحقيقة الفعلية المطلقة[827].

([825]) إثبات موجبات الحدود والقصاص والتعازير لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص48.

([826]) إثبات موجبات الحدود والقصاص والتعازير لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص49.

([827]) إثبات موجبات الحدود والقصاص والتعازير لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص52 ـ 53 .

وأكثر التشريعات في العالم تعترف بحرية القاضي المطلقة في تقدير ووزن الأدلة، وكذلك لا تسمح بالمجادلة في تقدير قاضي الموضوع للأدلة أمام محاكم النقض .

فلقاضي الموضوع سلطة كبيرة في تقدير الأدلة والموازنة بينها ليأخذ بما يطمئن إليه وجدانه منها ويطرح ما لم يطمئن إليه ، وذلك كله دون رقابة محكمة النقض(828).

بل له مطلق الحرية في ما يعرض عليه منها ، ووزن قوتها التدليلية في كل حالة حسبما يستفاد من وقائع من كل دعوى وظروفها ، بغيته الحقيقة ينشدها أنى وجدها ، ومن أي سبيل يجده مؤدياً إليها ولا رقيب عليه في ذلك غير ضميره وحده . هذا هو الأصل الذي أقام عليه القانون الجنائي قواعد الإثبات لتكون موائمة لما تستلزمه طبيعة الأفعال الجنائية وتقتضيه مصلحة الجماعة من وجوب معاقبة كل جانٍ وتبرئة كل بريء(829).

إلا أنه مقيد في أن يكون تقديره سائغاً ، فليس لقاضي الموضوع في تقدير أقوال الشهود أن يستند إلى ما يخرج عن مدلولها أو ما ينبني على مخالفة الثابت من الأوراق ، وهو مقيد في تقديره للدليل القانوني بالتأكد من توافر شروطه ، فإذا توافرت شروطه كان ملزماً بالأخذ بهذا الدليل مثل الإقرار والقرينة القانونية(830).

استبعاد الأدلة أو قبولها :

للقاضي الجنائي الحرية من خلال اقتناعه الذاتي بأن يستبعد أي دليل لا يطمئن إليه أو يقتنع به ، كما وله الحرية في أن يأخذ بالدليل كاملاً متى اطمأن إليه أو أن يأخذ بعض الدليل أي جزء منه كدليل الشهادة أو الإقرار . ومع ذلك ليس لـه أن يستبعد الشهادة قبل أن يسمعها ، كما أشرنا لذلك سابقاً . وله كذلك الحرية

---

(828) نقض 1972/2/17م العام 23 ، ص189 القضاء ونظام الإثبات لمحمود هاشم ، المرجع السابق ، ص154 .

(829) نقض 12 يونيو 1939م مجموعة القواعد القانونية ، ج4 ق406 ، ص575 ونقض 1965/1/25م س16 أحكام النقض في خمسين عام ، ق2161 ، ص707 ، محمد ، فاضل زيدان ، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة (عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط1 ، 1999م) ، ص126 .

(830) القضاء ونظام الإثبات لمحمود هاشم ، المرجع السابق ، ص155 .

من خلال اقتناعه الذاتي أن يقبل أي دليل يطمئن إلى صحته ، ويقتنع به . أما إذا لم يقتنع به لـه أن لا يقبله أو لا يقبل بعضه أو جزء منه ، أو يقبله على متهم دون متهم آخر إذا اطمأن إلى أن هذا الدليل لـه أثره على المتهم في الدعوى .

واستبعاد الأدلة أو قبولها يعود إلى اقتناع القاضي الجنائي الذاتي بها ، فهو الذي يقدر الدليل بأنه منتج في الدعوى أو غير منتج ، يدل على الحقيقة بعينها أو لا يدل ، فالقاضي الجنائي لا يأخذ بالدليل في حالة أن هذا الدليل ضعيفاً ولا يوجد له أدلة تعززه ، أو توجد أدلة ، ولكنها تفنده أو أن هذا الدليل منتج في الدعوى ، ولكن القاضي اقتنع يقيناً بأن الأدلة في الدعوى كافية للحكم .

ومن النماذج القضائية في ذلك :

1- قضت محكمة النقض المصرية بأنه (لمحكمة الموضوع في سبيل تكوين عقيدتها أن تأخذ بأقوال المجني عليه وتطرح أقوال الشهود الآخرين ، إذ المرجع في ذلك ما تقتنع به وتطمئن إلى صحته دون أن تكون ملزمة ببيان سبب اطراحها لشهادة هؤلاء الشهود)[831].

2- قضت محكمة التمييز الكويتية بأن (تقدير أقوال الشهود مرجعه إلى محكمة الموضوع وهي لا تلتزم بأن تورد عن أقوالهم إلا ما تقيم عليه قضائها ، وأن تأخذ بقول للشاهد وأن تطرح قولاً آخر له دون أن يعتبر بتراً أو مسخاً)[832].

3- قضت محكمة التمييز اللبنانية بأن (تجزئة المحكمة للأدلة واعتماد ما ترتاح إليه منها يدخل ضمن حقها المطلق في تقدير الأدلة)[833].

4- قضت محكمة التعقيب التونسية بأنه (لا تثريب على حكام الأصل فيما اعتمدوه من الأخذ ببعض جوانب الشهادات الدالة على الإدانة وإلغاء الباقي

([831]) نقض 22 يونيو 1954 المعجم الجنائي، رقم 11863 ص 362 سلطة القاضي الجنائي لفاضل زيدان، المرجع السابق، ص 129 .

([832]) محكمة التمييز الكويتية 19766/4 جزائي في 1976/6/14م مجلة القانون والقضاء الكويتية ، العدد الثاني ، السنة الثامنة ، 1977م ، ص186 سلطة القاضي الجنائي لفاضل زيدان ، المرجع السابق ، ص130 .

([833]) محكمة التمييز اللبنانية ، قرار الغرفة 5 رقم 279 في 1974/6/28م ، مجموعة اجتهادات محكمة التمييز الجزائية، ص48، سلطة القاضي الجنائي لفاضل زيدان ، المرجع السابق ، ص130 .

منها ضرورة أنهم رجحوا شهادة الإثبات المقدمة على شهادة النفي قانوناً)[834].

5- قضت محكمة النقض المصرية بأن (تقدير أقوال المتهمين والشهود هو أمر موضوعي بحت من اختصاص محكمة الموضوع التي لها في سبيل تكوين اعتقادها حق تجزئة اعتراف المتهمين ، وأقوال الشهود دون أن يكون لمحكمة النقض رقابة عليها في ذلك)[835].

6- قضت محكمة التمييز العراقية بأنه (للمحكمة أن تجزئ الشهادة فتأخذ بالجزء الذي تقتنع بصحته)[836].

7- قضت محكمة النقض المصرية بأن (القضاء في المواد الجنائية يقوم على حرية القاضي في تكوين عقيدته ، فإذا كان القاضي قد اطمأن إلى ثبوت الواقعة على متهم من دليل فهو غير مطالب بأن يأخذ بهذا الدليل بالنسبة إلى متهم آخر)[837]

مصدر الأدلة :

للقاضي الجنائي الحرية في تقدير أدلة الإثبات في الواقعة الجنائية بصرف النظر عن مصدرها الذي استمدت منه ما دام مشروعاً ، سواء كانت الأدلة قد تحصل عليها في مرحلة جمع الاستدلالات أو مرحلة التحقيق الابتدائي أو النهائي (المحاكمة).

كما يجوز لـه تقدير الدليل المتحصل من قبل الجهات الإدارية نتيجة التفتيش الإداري ما دام تحصيله تم طبقاً للطرق المشروعة قانوناً . ولذلك فالقاضي

([834]) محكمة التعقيب التونسية ، قرار تعقيبي جزائي عدد 11343 في 19 مارس 1975م . نشرة التعقيب التونسية للعام 1975م ، ص172 . سلطة القاضي الجنائي لفاضل زيدان ، المرجع السابق ، ص131 .

([835]) نقض 1/221 في 30 أبريل 1934م المعجم الجنائي ، ق11902 ، ص369 سلطة القاضي الجنائي لفاضل زيدان ، المرجع السابق ، ص130 .

([836]) التمييز 3082 / جنايات / 1972م في 1973/4/3م النشرة القضائية ، ع2 ، س4 / ص371 سلطة القاضي الجنائي لفاضل زيدان ، المرجع ا لسابق ، ص129 .

([837]) نقض 1482 في 1944/11/20م موسوعة الفقه والقضاء ، ق171 ، ص81 . سلطة القاضي الجنائي لفاضل زيدان ، المرجع السابق ، ص131 .

لـه أن يستند في حكمه على الدليل وبصرف النظر عن وقت تقديمه في أي مرحلة من مراحل الدعوى والجهة التي حصلت عليه ما دام التحصيل تم وفقاً لإجراءات مشروعة[838].

وبذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن (للمحكمة أن تكون عقيدتها من أي دليل من أدلة الدعوى بما في ذلك أوراق التحقيقات الإدارية ، ما دامت قد طرحت على بساط البحث في الجلسة ، وسمعت شهادة من قاموا بها)[839].

وقضت محكمة التمييز العراقية بأن (للمحكمة أن تأخذ بأية شهادة أدلى بها الشاهد في أية مرحلة من مراحل التحقيق أو المحاكمة إذا اقتنعت بصحتها)[840].

تساند الأدلة :

تتميز الأدلة في المواد الجنائية عنها في المدنية بأنها متساندة ومتكاملة أي يكمل بعضها بعضاً ، والقاضي الجنائي يحكم بناءاً على اقتناعه الذاتي بمجموع هذه الأدلة . أي أن الأدلة في المواد الجنائية متآزرة ، يشد بعضها بعضاً ويكمله ، فهي عبارة عن بنيان متكامل متماسك ، وأي خلل يحدث فيه من شأنه أن يهدم البناء كله من أساسه[841].

فإذا سقط أحد هذه الأدلة كشهادة شاهد ، أخذت بناء على تعذيبه ، أو إقرار أخذ بناء على إكراه ، تعذر التعرف على مبلغ الأثر الذي كان للدليل الباطل في الرأي الذي انتهت إليه المحكمة ، أو التعرف على ما كانت تنتهي إليه من نتيجة لو أنها فطنت إلى أن هذا الدليل غير قائم بما يتعين معه إعادة النظر في كفاية باقي الأدلة في الدعوى ، لدعم الاتهام والاقتناع والأدلة[842].

([838]) سلطة القاضي الجنائي لفاضل زيدان ، المرجع السابق ، ص132 .

([839]) نقض 29 أبريل 1952م المعجم الجنائي ، ق12008 ، ص385 سلطة القاضي الجنائي لفاضل زيدان ، المرجع السابق ، ص134 .

([840]) التمييز 378/ جنايات / 1974م في 1975/7/5م مجموعة الأحكام العدلية ، ع3 ، س6 ، ص249 سلطة القاضي الجنائي لفاضل زيدان ، المرجع السابق ، ص132 .

([841]) حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته لموسى رحومه ، المرجع السابق ، ص137 .

([842]) إثبات موجبات الحدود والقصاص والتعازير ، لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص54 ـ 55 .

ونشأ مبدأ تساند الأدلة في الإثبات الجنائي نتيجة أن المحكمة تستنبط الواقعة الصحيحة من مجموع الأدلة التي اقتنعت بها ، فإذا سقط دليل من هذه الأدلة أثر ذلك في سلامة استنباط المحكمة للواقعة[(843)].

ومناط التساند للأدلة في المواد الجنائية يعني تعذر التعرف على مدى تأثر اقتناع محكمة الموضوع من الدليل المنهار ، أو الوقوف على مدى تأثر عقيدة المحكمة وما سوف تنتهي إليه هذه العقيدة ، لو أنها تبينت بنفسها انهياره قبل أن تعول عليه في حكمها، والقاعدة هي تعذر التعرف على مبلغ أثر الدليل الباطل أو المنهار أو الفاقد في عقيدة محكمة الموضوع[(844)].

ويعتبر استثناء من هذه القاعدة إيضاح المحكمة عدم التعذر عن طريق تدليلها[(845)].

وقد عبرت محكمة النقض المصرية عن تساند الأدلة بقولها (لا يشترط أن تكون الأدلة التي اعتمد عليها الحكم ينبئ كل دليل منها ، ويقطع في كل جزئية من جزئيات الدعوى ، إذ أن الأدلة في المواد الجنائية متساندة يكمل بعضها بعضاً ، ومنها مجتمعة تتكون عقيدة القاضي ، فلا ينظر إلى دليل بعينه لمناقشته على حدة دون باقي الأدلة ، بل يكفي أن تكون الأدلة في مجموعها كوحدة مؤدية إلى ما قصده الحكم منها في اكتمال قناعة المحكمة واطمئنانها إلى ما انتهت إليه)[(846)].

ويلاحظ أن محكمة النقض المصرية قد التزمت بمبدأ تساند الأدلة في الأحكام بالإدانة فقط ، أما الأحكام بالبراءة فقد استثنتها من تطبيق هذا المبدأ ، لأنها رجوع إلى أصل البراءة المفترض في الإنسان ، وتطبيقاً لذلك قضت

([843]) النقض في المواد الجنائية لأحمد سرور ، المرجع السابق ، ص304 .

([844]) نقض 1977/2/6م مجموعة أحكام النقض ، س28 ، رقم 44 ، ص198 الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية لإبراهيم الغماز ، المرجع السابق ، ص639 .

([845]) عبيد ، رؤوف ، المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية (1980م) ج2 ، ص665 .

([846]) نقض 15 نوفمبر سنة 1960م مجموعة الأحكام ، س11 رقم 153 ، ص796 ، وقضاء مستقر لمحكمة النقض ، نقض 10 فبراير سنة 1964م مجموعة الأحكام ، س15 رقم 26 ، ص126 ونقض 25 ديسمبر سنة 1972م مجموعة الأحكام س23 رقم 230 ، ص1423 ونقض 28 فبراير سنة 1985 ، س36 رقم 54 ، ص315 . النقض في المواد الجنائية لأحمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص304 . ونقض 1973/25م مجموعة أحكام النقض ، س24 ، رقم 219، ص1053. ونقض 1975/5/18م مجموعة أحكام النقض ، س26 ، رقم 100 ، ص431 . ونقض 1977/12/16م مجموعة أحكام النقض ، س28 ، رقم 221 ، ص1085 . الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية لإبراهيم الغماز ، المرجع السابق ، ص638 .

المحكمة بأنه لا يقدح في سلامة الحكم أن تكون إحدى دعاماته معيبة ، ما دام قد أقيم على دعامات أخرى تكفي لحمل قضائه[847].

وبذلك نلاحظ أن مجال تطبيق قاعدة تساند الأدلة يكون في حالة الإدانة دون البراءة[848].

إلا أن البعض يرى أنها ليست مقصورة في التطبيق على الدعوى الجنائية ، بل تطبق على موضوع الدعوى المدنية المرفوعة بالتبعية للدعوى الجنائية أمام القضاء الجنائي ، والمتعلقة بالتعويض عن الضرر المترتب على الجريمة ، لأن ذلك يخضع للقاعدة العامة للإثبات الجنائي[849].

الاستثناء من قاعدة تساند الأدلة الجنائية :

مع التسليم بقاعدة تساند الأدلة في المواد الجنائية إلا أنه يرد عليها بعض الاستنثاءات[850].

فإمكانية الاستغناء ببعض الأدلة عن بعضها الآخر يعد استثناء من قاعدة التساند وخروجاً عليها ، وذلك في الحالة التي يكون فيها الاستغناء عن الدليل الباطل أو الذي لا أصل له في الأوراق ، أو المبهم أو المتناقض مع غيره ، واضحاً من طريقة التدليل بحيث تقطع هذه الطريقة بأن عقيدة محكمة الموضوع ما كانت لتتغير حتى ولو كانت قد فطنت إلى فساد هذا الدليل الإضافي أو العرضي[851].

وإذا أخطأت المحكمة في إسناد الاعتراف إلى المتهم فإن الحكم يعتريه القصور ، لوجود خطأ في الإسناد ، ومع ذلك وتمشياً مع مبدأ الاستغناء ببعض

([847]) النقض في المواد الجنائية لأحمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص305 .

([848]) الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية لأحمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص358 .

([849]) ضوابط تسبيب الأحكام لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص564 .

([850]) ضوابط تسبيب الأحكام لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص556 وكتابه المشكلات العملية الهامة ، المرجع السابق، ص665 ، والإجراءات الجنائية لمأمون سلامه ، المرجع السابق ، ص267 ، والشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية إبراهيم الغماز، المرجع السابق ، ص639 ، وحرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته لموسى رحومه ، المرجع السابق ، ص138 .

([851]) المشكلات العملية الهامة لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص670 .

الأدلة عن بعضها الآخر ، فإن الحكم لا يكون باطلاً طالما كان مؤسساً على أدلة أخرى تكفي لحمله[852].

وبناء على ذلك فقد جرى العمل في فرنسا على أن محكمة النقض إذا ما رفضت طعناً مبنياً على الخطأ في سبب من الأسباب ، فإنها لا تكون ملزمة للتعرف لهذا الطعن بالبحث والمناقشة طالما كان الحكم المطعون فيه مبنياً على أسباب أخرى صحيحة تكفي لحمله[853].

تسبيب الأحكام :

يجب على القاضي الجنائي دائماً تسبيب الحكم أي ذكر الأسباب التي أدت إلى اقتناعه الذاتي بالحكم ومن ثم النطق به ، ولا يجب عليه تسبيب اقتناعه الذاتي .

وقد جعل تسبيب الأحكام سابق لمنطوق الحكم لكي تتمكن المحاكم الأعلى درجة من الرقابة على سلامة الحكم[854].

فالقاضي منوط به التسجيل الدقيق والكامل للنشاط الذي قام به والتقديرات التي بذلها حتى النطق بالحكم ، ومقتضى ذلك وجوب تسجيل مجموعة الأسانيد الواقعية والمنطقية التي استقام عليها منطوق الحكم حتى تراقب محكمة النقض صحة تطبيق القانون وسلامة الإجراءات التي اتبعت[855].

كما أشرنا إلى ذلك في المبادئ التي يجب على القاضي الجنائي أن يتقيد بها ومنها تدوين جميع الإجراءات الجنائية .

وقد نصت على وجوب تسبيب الأحكام المادة 310 من قانون الإجراءات الجنائية المصري بقولها (يجب أن يشتمل الحكم على الأسباب التي بني عليها ،

([852]) الإجراءات الجنائية لمأمون سلامه ، المرجع السابق ، ص267 .

([853]) ضوابط تسبيب الأحكام لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص558 وحرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته لموسى رحومة ، المرجع السابق ، ص140 .

([854]) إثبات موجبات الحدود والقصاص والتعازير لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص54.

([855]) ضوابط تسبيب الأحكام لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص6 .

وكل حكم بالإدانة يجب أن يشتمل على بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة ، والظروف التي وقعت فيها ، وأن يشير إلى نص القانون الذي حكم بموجبه).

فتسبيب الأحكام تكليف قانوني يقع على عاتق القاضي الجنائي ، ويقتضي ذلك أن يسطر اقتناعه الذي أدى به إلى إعلان الحكم من حيث منهج وطبيعة هذا الاقتناع[(856)].

والقصور في التسبيب ينسب إلى الحكم إذا كانت الأسباب التي تضمنها ذلك الحكم غير محددة أو غير كاملة ، وهذا ما يعبر عنه الفقه بتخاف الأساس القانوني للحكم[(857)].

ومن المقرر أن القاضي الجنائي يجب أن يكون اقتناعه من خلال الحوار والجدل بين الخصوم ، وما له من دور إيجابي فعال في تحقيق عناصر الدعوى . وكذلك اقتناعه الذاتي بأدلة الدعوى من الأمور الموضوعية المتروكة لضميره ووجدانه[(858)].

ومع ذلك فإن اقتناعه الذاتي المتروك لضميره ووجدانه يقع تحت رقابة المحاكم العليا ، وسوف نتطرق إلى الرقابة على تسبيب الأحكام في الفصل السادس من هذه الدراسة إن شاء الله .

ما يميز دور القاضي الجنائي عن القاضي المدني[(859)]:

القاضي الجنائي يقوم بدور إيجابي في الدعوى الجنائية ويبحث فيها عن الحقيقة الواقعية الفعلية المطلقة ، ويترتب على ذلك بأنه يقوم بالبحث عن الأدلة التي من شأنها أن تبين الحقيقة لكي يتمكن من إنزال العقوبة على الجاني الفعلي ، وليقيم العدالة التي حملها على عاتقه وتحقيق هذه العدالة يكون في تحقيق مصلحة المجتمع بالمحافظة على هدوءه وأمنه من جهة ، والمحافظة على حرية وشرف بل

---

(856) أبو عامر ، محمد زكي ، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي (رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية ، بدون تاريخ)ص275 .

(857) النقد الجنائي لأحمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص172 .

(858) الجوهري ، كمال عبد الواحد ، حكم البراءة في القضايا الجنائية (دار محمود للنشر والتوزيع ، بدون تاريخ) ص147 .

(859) الإجراءات الجنائية لأبو عامر ، المرجع السابق ، ص932 ـ 933 .

وحياة المتهم من جهة أخرى ، ولذلك له أن يستعين بكل الوسائل لكي يصل إلى أدق معرفة ممكنة للجريمة ، وظروفها والمجرم وحالته الإجرامية ، ليحدد بناء على ذلك حكمه النهائي وتوقيع العقوبة على مرتكبيها ، ولذلك يقال أن الدعوى الجنائية هي نشاط المحكمة .

أما القاضي المدني فيقوم بدور سلبي في الدعوى المدنية فيبحث في الأدلة المقدمة أمامه ليرجح أياً منها ، سواء المقدمة من المدعي أو من المدعى عليه . ولا يقوم بالبحث والتنقيب ولا يطلب من الخصوم تقديم أدلة أخرى لتعضيد أدلتهم . وإنما يكتفي بالموازنة بين هذه الأدلة ليحكم على ضوئها لصالح المدعي أو المدعى عليه ، ولا يبحث في مصلحة المجتمع بقدر ما يبحث عن مصلحة صاحب الحق ، من خلال ما يدور بين يديه من أدلة في الدعوى ، فيخدم بذلك مصلحة شخصاً أو أشخاصاً فقط من أطراف الدعوى ، ولذلك فهو يتقيد بأدلة حددها لـه القانون فيحكم على أساس ذلك ، والنشاط في الدعوى المدنية إنما يقوم به الخصوم . لذلك يقال أن الدعوى المدنية هي نشاط يجري أمام المحكمة .

المبحث الثاني

الاستثناءات الواردة على الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي في تقدير أدلة الإثبات

وإن كان القانون قد أعطى القاضي الجنائي حرية كاملة لتكوين اقتناعه الذاتي وتأسيس حكمه في المواد الجنائية إلا أنه أورد عليه بعض الاستثناءات التي يتطلب تقيد القاضي الجنائي بها ، ويرى أغلب الفقه السائد أنها لا تتعدى أربع حالات[860]:

الحالة الأولى: حجية بعض المحاضر في الإثبات .

الحالة الثانية : تقيد القاضي الجنائي بطرق الإثبات الخاصة بالمواد غير الجنائية .

الحالة الثالثة : القرائن القانونية .

الحالة الرابعة : تقيد القاضي الجنائي بأدلة إثبات خاصة في جريمة الزنا لشريك الزوجة.

وأضاف بعضهم الاستثناءات التالية[861]:

1- أن يكون القاضي الجنائي اقتناعه الذاتي على أدلة صحيحة .

2- أن يكون القاضي الجنائي اقتناعه الذاتي على أدلة طرحت أمامه في الجلسة .

إلا أننا سوف لن نتعرض لهذين الاستثنائين هنا وذلك لسببين :

الأول : منعاً للتكرار فقد سبق التعرض لها في مبحث تقيد القاضي الجنائي المبادئ العامة في التحقيق في الفصل الثالث من هذه الدراسة .

والثاني : أننا نرى عدم اعتبار هذه استثناءات وإنما نعتبرها من المبادئ الهامة والتي يجب على القاضي بوجه عام التقيد بها فضلاً عن القاضي الجنائي .

([860]) الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية لأحمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص473 وما بعدها . و الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية لإبراهيم الغماز ، المرجع السابق ، ص655 وما بعدها . والإجراءات الجنائية لأبو عامر ، المرجع السابق ، ص891 وما بعدها وكتابه الإثبات في المواد الجنائية ، المرجع السابق، ص107 وما بعدها . ونظام إثبات الدعوى لعلي رسلان ، المرجع السابق ، ص100 وما بعدها . والإثبات الجنائي لأبو العلا علي ، المرجع السابق، ص161 وما بعدها . ونظم الإجراءات الجنائية لجلال ثروت ، المرجع السابق ، ص512 وما بعدها . والإثبات في المواد الجنائية لمحمود مصطفى ، المرجع السابق ، ص112 وما بعدها .

([861]) نظم الإجراءات الجنائية لجلال ثروت ، المرجع السابق ، ص512 ـ 513 . الإثبات الجنائي لأبو العلا علي ، المرجع السابق ، ص161 .

أما ما يراه الفقه السائد في الاستثناءات من أنها أربع حالات فهي كالتالي :

الحالة الأولى : حجية بعض المحاضر في الإثبات :

القاعدة العامة أن المحاضر التي يثبت فيها محررها وقائع معينة تفيد ارتكاب الجريمة ليست حجة بما ورد فيها ، إذ للقاضي أن يطرحها ويستمد اقتناعه الذاتي من دليل آخر . ولو كانت هذه المحاضر قام بها موظف عام واكتسبت صفة الرسمية فليس القاضي ملزماً بالأخذ بها والاعتماد على ما ورد فيها من وقائع[862].

إلا أن المشرع استثنى من الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي بعض المحاضر التي يكون لها قوة في الإثبات ، وأنها حجة بما ورد فيها من وقائع . ولا يجوز نفيها إلا عن طريق الطعن بالتزوير والمحاضر التي أضفى عليها المشرع الحجية هي محاضر الجلسات أو الأحكام ومحاضر المخالفات[863]. فلا يمكن نفيها إلا بالطعن بالتزوير أو إثبات عكسها بالطرق الاعتيادية .

1 – محاضر الجلسات أو الأحكام :

تعتبر محاضر الجلسات حجة بما ورد فيها ، وذلك متى استوفت الشكل القانوني[864].

وهذه الحجية قاصرة على ثبوت الوقائع والإجراءات التي وردت بالمحضر ، ولا تمتد لإلزام القاضي بالأخذ بها بما ورد فيها من أدلة[865].

وهذا لا يعني أن المحكمة تكون ملزمة بالأخذ بها ما لم يثبت تزويرها ، وإنما المقصود أن المحكمة تستطيع الأخذ بما ورد فيها دون أن تعيد التحقيق فيه ، ولكن لها أن تقدر قيمتها بمنتهى الحرية فترفض الأخذ بها ولو لم يطعن فيها بالتزوير[866].

([862]) الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية لأحمد سرور ، المرجع السابق ، ص474 .

([863]) الشهادة كدليل إثبات لإبراهيم الغماز ، المرجع السابق ، ص655 . والوسيط في قانون الإجراءات الجنائية لأحمد سرور ، المرجع السابق ، ص474 ـ 475 ، والإجراءات الجنائية لمأمون سلامه ، المرجع السابق ، ص119 والإثبات في المواد الجنائية لمحمود مصطفى ، المرجع السابق ، ص112 .

([864]) الشهادة كدليل إثبات لإبراهيم الغماز ، المرجع السابق ، ص655 .

([865]) الإجراءات الجنائية لمأمون سلامه ، المرجع السابق ، ص119 .

([866]) الإثبات في المواد الجنائية لمحمود مصطفى ، المرجع السابق ، ص112 ويرى الدكتور محمود مصطفى أن اشتراط الطعن بالتزوير لإثبات ما يخالف هذه المحاضر أثر من آثار الإثبات في العهد القديم ، عندما كان القاضي يبني اقتناعه على المحاضر المكتوبة ، وهو أثر لا يتفق مع مبدأ شفوية المرافعات أو ضرورة إعادة التحقيق في الجلسة ، ولذلك إثبات ما يخالف هذه المحاضر لا يتقيد بالطعن بالتزوير إلا إذا نص على ذلك صراحة .

ومع ذلك إذا ذكر في محضر الجلسة أو محضر الحكم أن الإجراءات قد اتبعت فلا يجوز إثبات عدم اتباعها إلا بطريق الطعن بالتزوير ، ومثال ذلك ثبوت أن المدعي المدني قد أعلن تركه للدعوى المدنية في محضر الجلسة ، أو ثبوت أن أحد أعضاء المحكمة الاستئنافية قد تلى تقرير التلخيص ، أو أن الحكم قد نطق به في جلسة علنية ، فلا يجوز إثبات عكس ذلك إلا عن طريق الطعن بالتزوير(867).

وكذلك إذا ثبت بمحضر الجلسة أن الشاهد قد روى تصويراً معيناً للحادث فلا يجوز مناقشة هذه الواقعة والدفع بعدم صدور هذه الأقوال من الشاهد إلا بالطعن بالتزوير(868).

2 – محاضر المخالفات :

نصت المادة 301 من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أن (تعتبر المحاضر حجية بالنسبة للوقائع التي يثبتها المأمورون المختصون إلى أن يثبت ما ينفيها) وتقتصر حجية هذه المحاضر على سلطة المحكمة في الاعتماد على ما ورد بها من وقائع دون أن تلتزم بفحصها وتحقيقها في الجلسة ، إلا أن هذه الحجية أقل من حجية محضر الجلسة ، أو الحكم لأنه يجوز للخصوم إثبات عكسها بالطرق العادية دون حاجة إلى طريق الطعن بالتزوير ، كما يجوز للمحكمة أن تجري تحقيقاً للتثبت من صحة هذه المحاضر من وقائع(869).

ويلاحظ أن الحجية الخاصة بهذه المحاضر تقتصر على الوقائع المادية التي أثبتت فيها سواء نسبت إلى الشاهد أو غيره ، فالمحضر لا يكتسب حجية إلا بالنسبة للوقائع المكونة للمخالفة ، والتي يثبتها المأمور المختص بناء على ما يشاهده بحواسه ، فالحجية قاصرة على الوقائع دون تقديرها ، فالمحضر حجة على صدور الشهادة لا بصدقها(870).

---

(867) الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية لأحمد سرور ، المرجع السابق ، ص474 .

(868) الإجراءات الجنائية لمأمون سلامه ، المرجع السابق ، ص119 .

(869) الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية لأحمد سرور ، المرجع السابق ، ص475 .

(870) الإثبات في المواد الجنائية لمحمود مصطفى ، المرجع السابق ، ص113 .

الحالة الثانية : تقيد القاضي الجنائي بطرق الإثبات الخاصة بالمواد غير الجنائية :

إذا اعترض القاضي الجنائي مسألة من مسائل القانون المدني فإنه يقوم بالفصل في هذه المسألة وفقاً لمبادئ الإثبات في المواد المدنية واضعاً في اعتباره ما يعتبر قاطعاً في الإثبات وفقاً للقانون المدني .

فقد تتكون عناصر الجريمة التي ينظرها القاضي الجنائي من مواد مدنية أو تجارية أو أحوال شخصية فيتعين على القاضي أن يفصل فيها طالما أن الحكم في الدعوى الجنائية يتوقف عليها ، وهنا يلزمه القانون أن يتبع عند فصله في تلك المواد غير الجنائية طرق الإثبات الخاصة بها . ومثال ذلك عقد الإيجار في الجرائم المنصوص عليها في قانون إيجارات الأماكن وإثبات عقود الأمانة في جريمة خيانة الأمانة ، وفي مسائل الأحوال الشخصية يتقيد القاضي في إثبات الزوجية بما اشترطه القانون من وجوب الإثبات بوثيقة رسمية[871].

وهذا ما قررته المادة 225 من قانون الإجراءات الجنائية المصري حيث نصت على أن (تتبع المحاكم الجنائية في المسائل غير الجنائية التي تفصل فيها تبعاً للدعوى الجنائية طرق الإثبات المقررة في القانون الخاص بتلك المسائل) .

وسبب هذا الاستثناء يبدو من ناحيتين[872]:

الأولى : أن قاضي الموضوع هو قاضي الدفع كقاعدة عامة عرفها القانون الجنائي ، وهذا يعني أن القاضي الجنائي يكون مختصاً بحل كل المسائل التبعية التي تثيرها الدعوى العامة ، ومنها المسائل المدنية العارضة .

الثانية : أن المسائل الأولية المختلفة التي تثار أمام القضاء الجنائي وتكون غير جنائية لا ينبغي أن يتغير حكم القانون فيها ، وفي إثباتها بحسب الجهة التي طرحت عليها ، لأنه إذا قيل بغير ذلك لكان للمدعي المدني أن يتهرب من قيود الإثبات المدنية باختيار الطريق الجنائي كلما أمكنه ذلك .

غير أن تقيد القاضي الجنائي بطرق الإثبات المقررة في القوانين غير الجنائية بالنسبة للمواد المتعلقة بتلك القوانين مشروط بشرطين[873]:

([871]) نظرية إثبات الدعوى لعلي رسلان ، المرجع السابق ، ص102 .

([872]) الإثبات الجنائي لأبو العلا علي ، المرجع السابق ، ص171 .

الأول : ألا تكون الواقعة محل الإثبات هي بذاتها محل التجريم .

بمعنى أنه يلزم أن تكون الواقعة بالقوانين غير الجنائية هي مفترض للجريمة ، وليست هي المكونة للسلوك الإجرامي ذاته . فالقاضي يلتزم في إثبات واقعة التسليم في جريمة خيانة الأمانة بطرق الإثبات المقررة في القانون المدني باعتبار أن واقعة التسليم هي مفترض السلوك الإجرامي ذاته ، أما تصرف المتهم المسلم إليه الشيء وتصرفه فيه بالبيع مثلاً فإنه يمكن للقاضي الجنائي أن يلجأ في إثبات هذه الواقعة وهي واقعة البيع إلى كافة طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود .

الثاني : أن تكون الواقعة المتعلقة بالقوانين غير الجنائية لازمة للفصل في الدعوى الجنائية، أي عنصراً من العناصر اللازمة لقيام الجريمة .

فإن لم يرى القاضي الجنائي لزوم الفصل في الواقعة قبل الفصل في الدعوى الجنائية أي أنها ليست عنصراً من العناصر اللازمة لقيام الجريمة كاعتبارها قرينة على وقوع الجريمة ، فله أن يثبتها بجميع طرق الإثبات وليس ملزماً إثباتها بقواعد الإثبات المدني .

ومصداقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية[874] بقولها (إن المحاكم الجنائية وهي تفصل في الدعاوى الجنائية غير مقيدة بقواعد الإثبات الواردة في القانون المدني ، إلا إذا كان قضاؤها في الواقعة الجنائية يتوقف على وجوب الفصل في مسألة مدنية تكون عنصراً من عناصر الجريمة المطلوب منها الفصل فيها) وأضاف البعض الشروط التالية[875]:

الثالث : أن تكون الواقعة محل الإثبات واقعة إدانة .

وذلك لأن التزام القاضي بقواعد الإثبات المدنية يقتصر على حالة ما إذا أصدر حكماً بالإدانة ، أما إذا أصدر حكماً بالبراءة فيجوز له أن يستمد اقتناعه الذاتي بعدم وجود العلاقة المدنية التي تفترضها من أي دليل ، ولذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن (القانون لا يقيد المحكمة بالقواعد المدنية إلا عند

---

(873) الإجراءات الجنائية لمأمون سلامه ، المرجع السابق ، ص116 .

(874) نقض 3 فبراير 1959م مجموعة أحكام النقض ، س10 ، رقم 31 ، ص143 الإثبات الجنائي لأبو العلا ، المرجع السابق ، ص172 .

(875) الإثبات الجنائي لأبو العلا ، المرجع السابق ، ص175 وما بعدها .

الإدانة احتياطاً لمصلحة المتهم حتى لا تتقرر مسؤوليته وعقابه إلا بناء على الدليل المعتبر في القانون)[876].

الرابع : أن يبدي الخصوم الدفع بهذه الواقعة أمام محكمة الموضوع .

وذلك لأن طرق الإثبات المقررة في المواد غير الجنائية لا تتعلق بالنظام العام ، وإنما بمصلحة الخصوم فقط ، ويترتب على ذلك أن قضاء المحكمة الذي لا يطبق تلك الطرق لا يكون باطلاً إلا إذا كان صاحب المصلحة تمسك بالدفع مطالباً بضرورة أن يكون الإثبات بالطرق الواردة في القانون غير الجنائي أمام محكمة الموضوع . ولا يجوز إثارة مثل هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض[877].

وقد قضت محكمة النقض المصرية بقولها (أحكام الإثبات في المواد المدنية ليست من النظام العام ، بل هي مقررة لمصلحة الخصوم فقط . وما دام الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع قبل سماع الشهود بعدم جواز الإثبات بالبينة ، فإن ذلك يعد تنازلاً عن المطالبة في الإثبات بالكتابة يمنعه فيما بعد من التمسك بهذا الدفع أمام محكمة النقض)[878].

الحالة الثالثة : القرائن القانونية :

يلتزم القاضي الجنائي بأن يأخذ بالقرائن القانونية القاطعة ، مثل قرينة صحة الأحكام النهائية ، فلا يجوز للقاضي أن يحكم خلافها ، لأن ذلك يدخل في نطاق القواعد العامة التي تنظم حجية الأحكام ، وقرينة عدم بلوغ سن السابعة ، فقد جعله المشرع دليلاً على عدم التمييز ، وافتراض العلم بالقانون بمجرد نشره ، أما القرائن الفعلية فتقديرها متروك للقاضي الجنائي بغير معقب عليه من أحد إلا في النطاق الذي تراقب فيه المسائل الموضوعية[879].

([876]) نقض 31 مارس 1960م مجموعة أحكام النقض ، س20 رقم 92 ، ص433 الإثبات الجنائي لأبو العلا ، المرجع السابق ، ص175 .

([877]) الشهادة كدليل إثبات لإبراهيم الغماز، المرجع السابق، ص659. والإثبات الجنائي لأبو العلا، المرجع السابق ص175 .

([878]) نقض 6 يناير 1969م مجموعة أحكام النقض ، س20 رقم 9 ، ص38 . نقض 9 فبراير 1968م مجموعة أحكام النقض ، س19 رقم 217 ، ص1062 الإثبات الجنائي لأبو العلا ، المرجع السابق ، ص176 .

([879]) المشكلات العملية العامة لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص556 ، والشهادة كدليل إثبات لإبراهيم الغماز ، المرجع السابق، ص659 .

الحالة الرابعة: تقيد القاضي الجنائي بأدلة إثبات خاصة في جريمة الزنا لشريك الزوجة:

الأصل في الإثبات الجنائي هو عدم حصر الأدلة بعدد أو نوع معين فيها ، فجميع الأدلة مقبولة في الإثبات ما دام أنه تم الحصول عليها بطرق مشروعة طبقاً للإجراءات الخاصة بالحصول عليها[880].

والأصل في جريمة الزنا أنها كغيرها من الجرائم تثبت بجميع طرق الإثبات المشروعة ، إلا أن المشرع المصري قيد أدلة الإثبات في جريمة الزنا على شريك الزوجة الزانية بأربعة شروط نص عليها صراحة في المادة 276 من قانون العقوبات .

حيث نصت على أن (الأدلة التي تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا هي القبض عليه حين تلبسه بالفعل أو اعترافه أو وجود مكاتب أو أوراق أخرى مكتوبة منه أو وجوده في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم)[881].

وبهذا النص قيد القانون حق القاضي في البحث عن كافة وسائل الإثبات التي يمكن الالتجاء إليها لمعرفة الحقيقة ، وذلك عن طريق تحديد الأدلة في إثبات تهمة الشريك ، وبذلك اقتصر المشرع على تضييق دائرة الأدلة التي يجوز للقاضي أن يستمد اقتناعه منها، دون إخلال بحريته في تقدير هذه الأدلة[882].

وفي تقييد القاضي بهذه الأدلة رغم أن القانون يأخذ بمبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي في الإثبات يرى البعض[883] أن القانون بذلك سلك طريقة غير منطقية لأنه فرق في إثبات جريمة الزنا بين شريك الزوجة الزانية ، وبين الزوج الزاني أو الزوجة الزانية ، أو شريكة الزوج الزاني ، فقد حصر الأدلة بالنسبة

([880]) سلطة القاضي الجنائي لفاضل زيدان ، المرجع السابق ، ص209 .

([881]) يلاحظ أن المادة 338 من قانون العقوبات الفرنسي نصت على أدلة الإثبات التي تقبل على الشريك إلا أ ا لم تتضمن اعتراف المتهم أو وجود في المحل المخصص للحريم . الشهادة كدليل إثبات لإبراهيم الغماز ، المرجع السابق ، ص659 .

([882]) الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية لأحمد سرور ، المرجع السابق ، ص477 .

([883]) نظام إثبات الدعوى لعلي رسلان ، المرجع السابق ، ص101 ـ 102 .

لشريك الزوجة الزانية وترك للقاضي الحرية المطلقة ، واقتناعه الذاتي بإثبات جرائم الزنا الأخرى .

وذهب البعض كذلك إلى القول بأن القانون قد سلك مسلكاً غريباً حيث أطلق الأدلة بالنسبة للزانية وقيدها بالنسبة للزاني ، وفي ذلك تناقض في جريمة واحدة لا تقبل بطبيعتها التجزئة(884).

فهذه التفرقة لا مبرر لها ، وقد يبنى عليها مجافاة للعدالة ، إذ قد يثبت الزنا على الزوجة بشهادة الشهود أو من قرائن قوية دون أن يكون هناك دليل على الشريك ، كما إذا حملت الزوجة في وقت كان يستحيل على زوجها أن يواقعها . لذلك خلت مشروعات قانون العقوبات أو الإجراءات الجنائية من هذه الأدلة القانونية أخذاً بمبدأ حرية الإثبات(885).

ولذلك يتجه البعض إلى القول بانصراف حكم هذه المادة (إلى كل متهم بالزنا) لأن القانون صريح في ذلك ولا اجتهاد مع صراحة النص ، بينما يتجه الفقه والقضاء إلى انصراف حكم هذه المادة فقط إلى شريك الزوجة الزانية ، أما بالنسبة للزوجة أو الزوج أو شريكته ، فإثبات الزنا على أي منهم يخضع لحكم القاعدة العامة ، وهي حرية القاضي في الإثبات(886).

على أي حال تتمثل الأدلة الجائز قبولها ضد شريك الزوجة الزانية بما يلي :

1 – التلبس بالجريمة 2 – الاعتراف 3 – المكاتيب والأوراق 4 – وجود الشريك في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم .

---

(884) الشهادة كدليل إثبات لإبراهيم الغماز ، المرجع السابق ، ص660 .

(885) الإثبات في المواد الجنائية لمحمود مصطفى ، المرجع السابق ، ص94 .

(886) الإثبات في المواد الجنائية لمحمد أبو عامر ، المرجع السابق ، ص109 وكتابه الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق، ص893 .وذكر أن في ذلك خطورة كبيرة لأنه يؤدي إلى نتيجة شاذة إذا كان انصراف حكم المادة على شريك الزوجة الزانية فقط، وهذه النتيجة هي ثبوت زنا الزوجة الزانية بشهادة الشهود، مع عدم توفر دليل لإدانة الشريك، ومع ذلك كله قررت محكمة النقض أن إثبات زنا المرأة يصح بكافة طرق الإثبات وفقاً للقواعد العامة، نقض 1974/3/11م أحكام النقض، س25 ق58، ص258.

ويكفي مجرد اقتناع القاضي من أحد هذه الأدلة ، فلا يشترط توافر أكثر من دليل، ولا يوجد ما يحول قانوناً من الحكم ببراءة الشريك لعدم توافر أحد هذه الأدلة مع الحكم بإدانة الزوجة لإمكان إثبات الزنا بغير هذه الأدلة[887].

([887]) الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية لأحمد سرور ، المرجع السابق ، ص477 .

1 – التلبس بالجريمة :

التلبس بالجريمة نوعان ، تلبس حقيقي ويتم بالمشاهدة ، وتلبس حكمي ويتم بمشاهدة أدلة الجريمة بالجاني عقب وقوعها بوقت قريب . وهذا ما حددته المادة 30 من قانون الإجراءات الجنائية المصري . والتلبس بجريمة زنا شريك الزوجة يعد من نوع التلبس الحكمي[888].

ولذلك قضت محكمة النقض المصرية بقولها (إن المادة 276 عقوبات قد أوردت القبض على المتهم بالزنا حين تلبسه بهذه الجريمة أن يكون المتهم قد شوهد حال ارتكابها بالفعل، بل يكفي أن يكون قد شوهد في ظروف تنبئ بذاتها وبطريقة لا تدع مجالاً للشك في أن جريمة الزنا قد ارتكبت بالفعل)[889].

ولذلك عبارة (القبض عليه حين تلبسه بالفعل) غير دقيقة ذلك أن معنى التلبس يفهم عاماً أي تلبساً حقيقياً ، وهذا لم تقصده المادة 276 في قانون العقوبات بدليل أن محكمة النقض فسرت هذا التلبس بأنه تلبس حكمياً فقط ، فليس من الضروري أن يكون تلبساً حقيقياً ، وهذا ما أثار كثيراً من رجال الفقه من الموقف القانوني إزا تفسير هذه المادة وما يقصده المشرع من نص هذه المادة[890].

وعلى ذلك إذا كان التلبس يكفي بأن يكون قد شوهد معها في ظروف لا تترك مجالاً للشك عقلاً بأن الزنا قد وقع ، كما في القضاء السابق ذكره لمحكمة النقض . فإنه كذلك إذا ضبط الجاني خالعاً ملابسه الخارجية ولباسه ومختفياً تحت مقعد في غرفة مظلمة بينما كانت الزوجة في حالة اضطراب ، وكانت تتظاهر بادئ الأمر بالنوم عند دخول زوجها ومفاجأته ، أو كما لو حضر زوجها وهو مسلم إلى منزله في الساعة العاشرة ليلاً، ولما قرع الباب فتحته زوجته وهي مضطربة مرتبكة ، وقبل أن يتمكن من الدخول طلبت منه أن يعود إلى السوق

([888]) الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية لأحمد سرور ، المرجع السابق ، ص477 .

([889]) نقض 19 مايو 1975م مجموعة أحكام النقض ، س26 رقم 104 ، ص447 . الإثبات الجنائي لأبو العلا ، المرجع السابق ، ص188 ـ 189 .

([890]) عثمان ، آمال عبد الرحيم ، شرح قانون الإجراءات الجنائية (القاهرة ، دار النهضة العربية ،1975م) ص684 ومبـادئ الإجـراءات الجنائية لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص743 ونظام إثبات الدعوى لعلي رسلان ، المرجع السابق ، ص101 . ومبادئ قـانون الإجـراءات الجنائية لعمر سعيد رمضان ، المرجع السابق ، ص97 . وعبد الستار ، فوزية ، شرح قانون الإجراءات الجنائية (القاهرة ، دار النهضة العربيـة ، 1986م) ص521 والإثبات في المواد الجنائية لأبو عامر ، المرجع السابق، ص109 . وكتابه الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص894 .

ليحضر حاجات أخرى ، فاشتبه في أمرها ودخل حجرة النوم فوجد المتهم فيها مختفياً تحت السرير ، وكان خالعاً حذاءه وكانت زوجته عند قدومه لا شيء يسترها غير جلابية النوم[891].

فتقدير قيام حالة التلبس متروكة لقاضي الموضوع ، فله أن يقدر قيمة الظروف التي شوهد فيها الشريك ، ومدى دلالتها على ارتكاب الفعل . وليستنبط منها الدليل الذي أوجبته هذه المادة لإثبات التهمة قبله[892].

2 – الاعتراف :

ويراد به اعتراف الشخص على نفسه ، أما اعتراف الزوجة على نفسها وعلى شريكها فلا يكون حجة على الشريك . إذ قد يكون الباعث عليه مجرد الحصول على الطلاق أو على تعويض لمصلحة زوجها بناء على تواطؤ بينها وبينه ، ويشترط أن يكون هذا الاعتراف صحيحاً لكن لا يلزم أن يكون صادراً في مجلس القضاء[893].

وإنما يستوي في ذلك أن يتم الاعتراف في المحكمة أو في مرحلة التحقيق أو في مرحلة جمع الاستدلالات .

وبالإضافة إلى اشتراط كون الاعتراف صحيحاً يجب أن تتوفر فيه الشروط القانونية ، وأن يكون منصباً على ارتكاب الفعل المكون للجريمة ، فلا يجوز الأخذ به إن كان باطلاً أو منصباً على مجرد وجود المتهم في المنزل[894].

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه (لا يصح الاستدلال على الزوجة بالاعتراف المسند إلى شريكها في الزنا ، والمثبت في محضر التفتيش

([891]) نقض 1974/6/10م أحكام النقض س25 ق124 ص580 . ونقض 1953/2/24م أحكام النقض س4 ق207 ص566 . ونقض 1932/4/25م القواعد القانونية ، ج2 ، ق343 ، ص252 . ونقض 1935/12/3م القواعـد القانونيـة ج3، ق409 ، ص153 . الإجراءات الجنائية لأبو عامر ، المرجع السابق ، ص894 . وكتابه الإثبات في المواد الجنائية ، المرجع السابق ، ص109 ـ 110 .

([892]) سلطة القاضي الجنائي لفاضل زيدان ، المرجع السابق ، ص211 .

([893]) الإجراءات الجنائية لأبو عامر ، المرجع السابق ، ص895 . وكتابه الإثبات في المواد الجنائيـة ، المرجـع السـابق ، ص110 ومبـادئ الإجراءات الجنائية لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص626 .

([894]) الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية لأحمد سرور ، المرجع السابق ، ص478 .

الباطل ، ما دام ضبط الشريك في المنزل لم يكن إلا وليد إجراء باطل ، وكان اعترافه منصباً على واقعة وجوده في المنزل وقت التفتيش)[895].

3 – المكاتيب والأوراق :

ويقصد بها الأوراق التي حررها الشريك ، بصرف النظر عن ماهيتها ، سواء اتخذت بصورة رسائل أو مذكرات يحتفظ بها ، أو مسودات للرسائل . فالمشرع يشترط أن تكون هذه المحررات صادرة عن الشريك ، فلا يكفي أن تكون دليلاً إذا كانت صادرة عن الزوجة ، ولو كانت تمثل اعترافاً صريحاً بوقوع الفعل[896].

كما لا يتطلب المشرع أن تكون هذه المكاتيب والأوراق موجهة إلى الزوجة ، فقد تكون موجهة إلى صديق الشريك يعبر فيها عن علاقته بالزوجة بما يفيد ارتكاب الجريمة[897].

كما لا يلزم أن تقدم للمحكمة أصل الورقة بل يمكن الاستشهاد بالصور الفوتوغرافية للأوراق ما دامت المحكمة قد اطمأنت أنها مطابقة للأصل[898].

ولا يلزم أن تكون المكاتيب والأوراق موقعة من الشريك ما دام قد ثبت صدورها منه ، وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية (إن القانون إذ جعل المكاتيب من الأدلة التي تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا لم يستوجب أن تكون هذه المكاتيب موقعة من المتهم ، بل كل ما استوجبه هو ثبوت صدورها منه ، إذن لا تثريب على المحكمة إذا هي استندت في إثبات الزنا على المتهم إلى مسودات

([895]) نقض 22 نوفمبر عام 1954م مجموعة أحكام النقض ، س5 رقم 67 ، ص201 سلطة القاضي الجنائي لفاضل زيدان ، المرجع السابق ، ص211 والإثبات الجنائي لأبو العلا ، المرجع السابق ، ص190 .

([896]) الإجراءات الجنائية لمحمود مصطفى ، المرجع السابق ، ص423 .

([897]) نام ، رمسيس ، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً (الإسكندرية ، منشأة المعارف ، 1978م) ج1 ، ص702 .

([898]) نقض 1941/5/19م القواعد القانونية ، ج5 ، ق259 ، ص471 الإجراءات الجنائية لأبو عامر ، المرجع السابق ، ص895 وكتابه الإثبات في المواد الجنائية ، المرجع السابق ، ص110 وسلطة القاضي الجنائي لفاضل زيدان ، المرجع السابق ، ص212 والإثبات الجنائي لأبو العلا ، المرجع السابق ، ص190 .

مكاتيب بينه وبين المتهمة ، ولو كانت غير موقعة ما دام قد ثبت صدورها عنه)[899].

وقد رفض القضاء قياس الصور الفوتوغرافية على الأوراق ، فقد قضى بأن ضبط صورة لدى الزوجة تمثلها مع شخص غريب في وضع مريب لا ينهض دليلاً على الزنا ، فضلاً عن أن الصورة ليست كتابة وليست صادرة من الشريك نفسه ، هذا ويشترط أن يكون الحصول على المكاتيب والأوراق قد تم بطريق مشروع ، وقد حكم بأن للزوج أن يستولي ولو خلسة على ما يعتقد وجوده من رسائل العشيق في حقيبة زوجته الموجودة في بيته وتحت بصره[900].

4 – وجود الشريك في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم :

اعتبر المشرع وجود المتهم في منزل زوج مسلم وفي المكان المخصص للزوجة قرينة على ارتكاب الزنا ، وذلك استمداداً من التقاليد الإسلامية التي تأبى أن ينفرد غير ذي رحم محرم بالزوجة في منزل زوجها المسلم في مكان خاص بها كغرفة النوم . ويترتب على ذلك أن هذه القرينة لا تتوافر إذا كان الزوج غير مسلم . أو إذا وجد المتهم في مكان غير خاص بالزوجة في منزل الزوج المسلم ، أو إذا وجد المتهم مع الزوجة المقيمة في منزل آخر لا يساكنها فيه الزوج ، وهذه القرينة غير قاطعة ويجوز إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات[901].

وللمتهم (الشريك) في جميع الأحوال أن يثبت بجميع طرق الإثبات عكس الدليل المقام ضده ، وللقاضي كذلك أن يطرحه ويقضي بعدم حصول الزنا طالما لم يقتنع بالإدانة عن طريق هذا الدليل[902].

([899]) نقض 28 أكتوبر 1946م مجموعة القواعد القانونية ، ج7 رقم 215 ، ص195 الإثبات الجنائي لأبو العلا ، المرجع السابق، ص191 والإجراءات الجنائية لأبو عامر، المرجع السابق، ص895. وكتابه الإثبات في المواد الجنائية، المرجع السابق، ص110.

([900]) نقض 1930/12/11م القواعد القانونية ، ج2 ، ق129 ، ص155 . ونقض 1962/5/29م أحكام النقض ، س13، ق130، ص510 . ونقض 1941/5/19م القواعد القانونية ، ج5 ، ق259 ، ص471 الإجراءات الجنائية لأبو عامر ، المرجع السابق ، ص895 ـ 896 وكتابه الإثبات في المواد الجنائية ، المرجع السابق ، ص110 ـ 111 والإثبات الجنائي لأبو العلا ، المرجع السابق ، ص190 ـ 191 . وسلطة القاضي الجنائي لفاضل زيدان ، المرجع السابق ، ص213 .

([901]) الإثبات الجنائي لأبو العلا ، المرجع السابق ، ص191 ـ 192 . وأصول الإجراءات الجنائية لأحمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص354 .

([902]) الإثبات في المواد الجنائية لأبو عامر ، المرجع السابق ، ص111 وكتابه الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص896 .

فمجرد توفر دليل من هذه الأدلة على الشريك لا يكفي لإدانته إذا لم يقتنع القاضي ذاتياً بوقوع الجريمة[903].

([903]) الإجراءات الجنائية لرمسيس نام ، المرجع السابق ، ج2 ، ص345 .

المبحث الثالث

عبء الإثبات حول الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي في نطاق أحكام الشريعة الإسلامية

الأصل في الشريعة الإسلامية أن عبء الإثبات دائماً على عاتق المدعي انطلاقاً من قوله صلى الله عليه وسلم : (البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه)[(904)].

وليس على المدعى عليه عبء الإثبات ، ولكن لـه الحق في أن يقدم ما يثبت براءته ويفند الأدلة القائمة ضده .

وهذه قاعدة شرعية إسلامية في جميع المنازعات والدعاوى المدنية والجنائية ، قررها الرسول صلى الله عليه وسلم قبل أربعة عشر قرناً من الزمان . واستقت منها القوانين الوضعية قاعدة عبء الإثبات على الاتهام .

وعلة جعل عبء الإثبات على المدعي دائماً لأن الادعاء يكون لإثبات فعل غير موجود (أصلاً) وإنما وجد الفعل بفعل فاعل (لاحقاً) وإثبات فعل الفعل الموجود على شخص ما يتطلب إثبات أن الشخص هو الذي فعل الفعل الموجود ، وبما أن الأصل في الإنسان البراءة والأصل بقاء ما كان على ما كان ، والأصل براءة الذمة من الحقوق والجسد من الإيذاء والتعذيب والانتهاك ، لذلك فمن يدعي خلاف الأصل عليه أن يثبت ذلك .

فالأصل في الجنائيات دائماً عدم ارتكاب الفعل المحظور ، سواء كان موجباً لحد أو تعزير أو قصاص ، فإذا ادعى شخص على آخر ارتكابه الزنا فنفى حصول الوطء منه فالقول قوله ، لأن الأصل العدم .

ولما كان الأصل في الأشياء الإباحة وبالتالي عدم النهي عن الأفعال فعلى من يدعي هذا النهي أن يثبته ، لأن الأصل عدمه ، وعلى ذلك إذا أثبت إنسان

---

(904) تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، المرجع السابق، ج4، أبواب الأحكام ، باب 12، حديث رقم 1356، ص475 ـ 476 والسنن الكبرى للبيهقي ، المرجع السابق ، ج6 ، ص63 .

جهله بأن الفعل حظر أم إباحة فلا عقاب كمن يأتي من بلاد بعيدة تبيح الخمر ونزل من الطائرة يشرب خمراً ولا يعلم أن الدولة التي نزل فيها تحرم ذلك[(905)].

فالجريمة عمل شاذ وغير مألوف وعلى من ادعى على شخص جريمة ما إثبات ذلك ، وليس على المتهم بالجريمة إثبات عدم ارتكابه لها ، لأن ذلك مخالف للأصل ، وهو عدم ارتكابه للفعل المكون للجريمة . ولذلك قال صلى الله عليه وسلم : (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه)[(906)].

يقول الإمام القرافي إن المدعي هو أضعف المتداعيين سبباً والمدعى عليه هو أقوى المتداعيين سبباً ، ولذلك كان على المدعي البينة ، فمن ادعى على شخص ديناً أو غصباً أو جناية أو نحو ذلك ، فإن الأصل هو عدم هذه الأمور والقول قول المطلوب منه مع يمينه ، لأن الأصل يعضده ، ويخالف الطالب . ولذلك كان عليه إقامة الدليل على ما يخالف الأصل مما يدعيه[(907)].

والمدعي في الشريعة الإسلامية يكون بحسب الجريمة التي ادعى بها على آخر . فالجرائم إما حدود أو قصاص أو تعازير . وهذه الجرائم تقع إما :

1- اعتداء على حق الله تعالى وليس للعبد فيها حق . كجرائم الزنا وشرب الخمر من الحدود ، فالمدعي في هذه الحالة هو المبلغ أو الشاهد وهو الذي يتحمل عبء إثبات هذه الجريمة .

2- أو تقع اعتداء على حق الله وحق العبد إلا أن حق الله تعالى هو الغالب كجرائم القذف والسرقة من الحدود ، فالمدعي في هذه الحالة هو المجني عليه ، وهو من يطالب بحقه أو يقيم وكيلاً لـه للمطالبة بحقه ، فهو الذي يتحمل عبء إثبات هذه الجريمة وهي التعدي عليه بقذف أو سرقة .

([905]) إثبات موجبات الحدود والقصاص والتعازير لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص13 .

([906]) صحيح مسلم بشرح النووي ، المرجع السابق ، ج12 ، كتاب الأقضية ، رقم 1 ، ص3 ونيل الأوطار للشوكاني ، المرجع السابق ، ج8 ، حديث رقم 3935 ، ص349 .

([907]) الفروق للقرافي ، المرجع السابق ، ج4 ، ص74 والقيم والمصالح الموجهة للسياسة الجنائية لأستاذنا الدكتور محمد محيي الـدين عـوض ، المرجع السابق ، ص124 ـ 125 .

3- أو تقع اعتداء على حق الله وحق العبد ، وإنما حق العبد هو الغالب كجرائم القتل العمد ، أو الجراح فيما دون النفس أو الدية في القتل الخطأ ، فهي من القصاص ، والدية التي يجوز فيها العفو أو المطالبة ، والمدعي في هذه الحالة هو المجني عليه أو وليه ، فهو الذي يتحمل عبء إثبات هذه الجريمة .

4- أو تكون الجريمة من جرائم التعازير وهي غير ما ذكر في الجرائم السابقة ، أو هي التي لم يحدد الشارع الأعلى لها عقوبة مقدرة جنساً وعيناً ، وإنما فوض عقوبتها لولي الأمر . فالمدعي فيها هو الذي يقع عليه عبء الإثبات ، مع ملاحظة أن المدعي إما المجني عليه أو أي شاهد يرى جريمة من الجرائم التي يستحق مرتكبها عقوبة تعزيرية في الشرعية الإسلامية ، وبذلك تكون هذه الدعوى حسبة لله تعالى .

ولذلك فإن الشاهد في جريمة الزنا إذا لم يثبت هذه الجريمة بتوفر جميع أركانها يعاقب بعقوبة القذف لقوله صلى الله عليه وسلم لهلال بن أمية عندما قذف زوجته بشريك بن سحماء (البينة وإلا حد في ظهرك)[908].

ولذلك فعبء الإثبات دائماً على المدعي في جميع الجرائم من حدود وقصاص وتعازير

وإن كان عبء الإثبات في الحدود والقصاص أكثر حملاً من عبئه في إثبات التعازير ، ومنطلق ذلك هو أن الحدود مبنية على الستر والمساهلة ، لذلك اتخذت الشريعة الإسلامية التشديد في إثباتها . فخصص الإقرار أو الشهادة كطريقين من طرق الإثبات التي تثبت بها جرائم الحدود أو القصاص ، وجعل الإقرار مشروطاً بعدم الإكراه وأن يكون نابعاً من إرادة اختيارية في جميع الجرائم .

وجعل الشهادة على جريمة الزنا أربعة رجال عدول ، وفي بقية الحدود والقصاص شاهدين عدلين ، أما سائر الجرائم كالتعازير فيمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات الشرعية بما فيها القرائن والنكول وشهادة الواحد وغيرها .

([908]) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، المرجع السابق ، ج8 ، حديث رقم 4747 ، ص303 وزاد المعاد لابن القيم الجوزيـه ، المرجـع السابق ، ص357 .

إضافة إلى أنه لا يحكم القاضي الجنائي بحد أو قصاص بغير الإقرار أو الشهادة ، وإن أجاز بعض الفقهاء كابن القيم رحمه الله تعالى الحكم بالقرائن في حدي الشرب والزنا[909].

وهذا ما تميزت به الشريعة الإسلامية عن القوانين الوضعية عملاً بالقاعدة الكبرى درء الحدود بالشبهات ، وما ورد في السنة النبوية من الأحاديث الدالة على التشدد في إثبات هذه الجرائم ، فقد قال صلى الله عليه وسلم (ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان لـه مخرج فخلوا سبيله ، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة)[910].

وذلك حتى لا يتهاون الناس في الادعاء من غير دليل ، بل أن المدعي سوف ينال جزاء عدم إثباته لادعائه على المتهم ، لأن في هذا الاتهام انتهاك ومساس بحرية فردية منعت الشريعة الإسلامية انتهاكها إلا بأضيق الحدود ، فقد قال تعالى : ((وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ))[911]. وقوله صلى الله عليه وسلم : (البينة وإلا حد في ظهرك)[912].

بل وأثناء إثبات الدعوى الجنائية تمنع الشريعة الإسلامية من اتخاذ طرقاً غير مشروعة لإثبات إدانة المتهم . فقد حرمت التجسس لقوله تعالى ((ولا تجسسوا))[913].

وحرمت دخول المنازل والبيوت بغير إذن أصحابها لقوله تعالى ((لا تَدْخُلُوا بُيُوتاً غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْنِسُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا))[914].

كما لم تجز الشريعة إكراه المتهم على الاعتراف بالجريمة ، وكذلك لم تجز إكراه الشهود ، فالمتهم بريء حتى تثبت إدانته بالجزم واليقين .

([909]) راجع في ذلك المبحث الثاني في الفصل الثاني من هذه الدراسة .

([910]) تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي ، المرجع السابق ، أبواب الحدود ، باب 2 ، حديث رقم 1444 ، ص572 ـ 573 .

([911]) سورة النور ، الآية : 3 .

([912]) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، المرجع السابق ، ج8 ، حديث رقم 4747 ، ص303 وزاد المعاد لابن القيم الجوزيـه ، المرجـع السابق ، ص357 .

([913]) سورة الحجرات ، الآية : 12 .

([914]) سورة النور ، الآية : 27 .

كما لا تجيز الشريعة في إثبات الإدانة أن يكون بناء على أدلة أو إجراءات غير مشروعة ، بل لابد في الإدانة أن تكون الأدلة مبنية على أدلة وإجراءات كلها مشروعة .

وعلاوة على ذلك لابد وأن يقتنع القاضي الجنائي بالجزم واليقين بإدانة المتهم ، أما الحكم بالبراءة فأجازته الشريعة ، وإن جاء الدليل من طريق غير مشروع ، وذلك من حكمة الشريعة الإسلامية . لأن الأصل في الإنسان البراءة ، وهذه القرينة ملازمة للمتهم في جميع إجراءات الدعوى الجنائية ، والدليل الذي يثبت براءة المتهم حتى وإن جاء من طريق غير مشروع يتماشى مع أصل البراءة في المتهم ولا يخالفه ، ولذلك قررت الشريعة الحكم بالبراءة على المتهم متى تشكك القاضي في أدلة الإدانة . وقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : (لأن أخطئ في الحدود بالشبهات أحب إلي من أن أقيمها بالشبهات)[915].

وقد ساقت الشريعة الإسلامية الكثير من القواعد الشرعية العامة والتي يجب مراعاتها أثناء عملية الإثبات ، سواء في المسائل الجنائية أو المدنية[916].

وترجع هذه القواعد الشرعية العامة إلى أمرين[917]:

1- إن البينة على من ادعى ، والمدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر واليمين على من أنكر ، ونلاحظ أن المنكر أو المدعى عليه هو من يتمسك بإبقاء الأصل .

2- إن الأصل براءة الذمة من الحقوق وبراءة الجسد من التعازير والحدود والقصاص وبقاء ما كان على ما كان ، وتطبيقاً لذلك يكون الأصل في الأمور العارضة العدم ، والعدم يقين فلا يزول بالشك ، ويضاف الحادث إلى أقرب

([915]) تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي ، المرجع السابق ، ج4 ، ص573 .

([916]) ومن هذه القواعد على سبيل المثال لا الحصر :

1 – الأصل في الإنسان البراءة . 2 – درء الحدود بالشبهات 3 – الشك يفسر لصالح المتهم

4 – اليقين لا يزول بالشك 5 – الأصل براءة الذمة 6 – الأصل بقاء ما كان على ما كان

7 – ما ثبت بيقين لا يزول إلا بيقين مثله . 8 – الأمور بمقاصدها 9 – الأصل في الأمور العدم

10 – الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن 11 – الأصل براءة المتهم حتى تثبت إدانته دون شك معقول

([917]) إثبات موجبات الحدود والقصاص والتعازير لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ،المرجع السابق ،ص5 ـ 7.

أوقاته ، وما ثبت بزمان يحكم ببقائه ، ما لم يوجد دليل على خلافه ممن يدعي زواله أو تحوله ، والأصل صحة الظاهر والبينة على من يدعي خلاف ذلك .

ويلاحظ أن من عبء الإثبات على المدعي هو إثبات القصد الجنائي للجاني ، أي المدعى عليه في الجريمة المنسوبة إليه ، فإذا انتفى القصد الجنائي فلا يحكم القاضي بالإدانة ، وإذا دفع المتهم أو وكيله بأن الجاني صغيراً أو مجنوناً أو غير مريد كمن كان في حالة إكراه ملجئ أو ضرورة أو من غير علم ، كالغلط والجهل والنسيان ، فلا يعد الفعل المدعى به نشاطاً إجرامياً . لأن القانون الجنائي الإسلامي لا يخاطب إلا المكلفين[918].

إثارة الدفوع وانتقال عبء الإثبات :

الأصل هو أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه المنكر في كل من الجنائي والمدني ، فإذا فشل المدعي في تأييد دعواه بالبينة كان طريقه الوحيد هو توجيه اليمين في المدني والجنائي ، فإن حلف المدعى عليه اليمين بقي الحق معه في المدني ، وبرئ من التهمة في الجنائي ، أما إن نكل حكم عليه أي حكم بالحق للمدعي .

والأصل صحة الظاهر أصلاً أو عرضاً أو شرعاً ، فالظاهر أصلاً براءة الذمة من الحقوق والظاهر عرضاً هو إقامة الدليل على خلاف الأصل بما يدحضه ، كمن يبرز مخالصة عن دين مدعى ، والظاهر شرعاً هو ما بني على قرينة شرعية كاعتبار أقوال السكران حرام وتصرفاته كتصرفات الصاحي في حقوق العباد[919].

وفي الدعاوى الجنائية يحق للمدعى عليه إثبات عدم إدانته بالتهمة ، إما بأدلة تفيد براءته أو عن طريقه لإثارة الدفوع أمام الأدلة المطروحة أمامه من المدعي . وللقاضي الجنائي من خلال دوره الإيجابي في الدعوى الجنائية بتحمل جزء من عبء الإثبات ، وهذا الإثبات لا نقصد به إثبات الإدانة على المتهم ، بل للكشف عن الأدلة التي من شأنها إظهار الحقيقة وصولاً إلى إعطاء كل ذي حق

([918]) إثبات موجبات الحدود والقصاص والتعازير لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص39.

([919]) إثبات موجبات الحدود والقصاص والتعازير لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص45.

حقه ، سواء كانت الأدلة أثبتت إدانة المتهم أو براءته بشرط أن يكون اقتناعه مبنياً على الجزم واليقين .

واليقين هنا ينصب على الحقيقة ، كما ثبتت أمامه بناء على الحجاج والبراهين المطروحة ، وليس الحقيقة الفعلية ، إذ قد تكون الحقيقة القضائية مطابقة للحقيقة الفعلية المطلقة ، وقد لا تكون مطابقة ، فالقاضي يحكم ويقتنع بناء على الظاهر والله أعلم بالسرائر . ولذلك يقول صلى الله عليه وسلم : (إنما أنا بشر وإنه يأتيني الخصم ، فلعل بعضهم أن يكون أبلغ من بعض ، فأحسب أنه صادق ، فأقضي ، فمن قضيت لـه بحق مسلم ، فإنما هي قطعة من النار ، فليحملها أو يذرها)[920].

فدور القاضي الجنائي الإيجابي لا يسلم بوجه أو بآخر من تحمل جزء من عبء الإثبات وهذا يتضح من طبيعة وظيفته والنشاط الذي يقوم به من جمع وفحص الأدلة وتمحيصها ، والبحث والتنقيب عن كل ما يفيد في الكشف عن الحقيقة بعكس القاضي المدني الذي دائماً ما يكون دوره سلبياً ، فلا يتحمل أي جزء من عبء الإثبات . فلا يبحث عن الأدلة بنفسه للكشف عن الحقيقة بل يفحص الأدلة المقدمة من الخصوم في الدعوى ويحكم لأحدهم بناء على الترجيح .

ونلاحظ أن انتقال عبء الإثبات في المدني من المدعي إلى المدعى عليه أسرع من الناحية الإجرائية من انتقال عبء الإثبات في الجنائي .

ففي المدني إذا ادعى شخص على آخر بدين وقدم وثيقة رسمية تفيد بهذا الدين ، ولذلك يقضي برد الدين إلى المدعي من المدعى عليه . ويعتبر ذلك حقاً للمدعي ، وبذلك ينتقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه ، فإذا أثار دفوعاً بأن قدم وثيقة تفيد برد الدين إلى المدعي أو أثبت تزوير المدعي للوثيقة يرجع عبء الإثبات في هذه الحالة إلى المدعي الأصل ، وهكذا فإن عبء الإثبات ينتقل بين المدعي والمدعى عليه في المدني أسرع من الناحية الإجرائية من نظيره في الجنائي .

أما في الجنائي ففي القسامة ينتقل عبء الإثبات من المدعين أي أولياء القتيل إلى المدعى عليهم بعد حلف اليمين ، وكذلك في بقية الجرائم إذا ثبتت بالبينة الشرعية اقتضى ذلك أن يحكم القاضي الجنائي بإدانة المتهم ، وفي هذه الحالة

([920]) صحيح مسلم بشرح النووي ، المرجع السابق ، ج12 ، كتاب الأقضية ، رقم 5 ، ص7 .

تزول صفة البراءة الأصلية منه . وأصبحت الإدانة هي الأصل ، أي أن عبء الإثبات انتقل إلى المتهم المدان . فعليه الدفع بعدم الإدانة وأصبح هو المدعي بالدفع . وإن المدعي في الأصل أصبح مدعى عليه بالدفع ، ولكن إذا لم تقم البينة فالقول قول المدعى عليه (المتهم) لأن أصل البراءة باقٍ فيه والقول قوله والأصل في الأمور العارضة العدم والعدم يقين لا يزول إلا بيقين مثله .

وحالات القرائن القانونية تعتبر من الحالات الاستثنائية التي ينتقل فيها عبء الإثبات من المدعي إلى المدعى عليه .

فمن القرائن القانونية التي تكون غير قابلة لإثبات عكسها ، وهي بمثابة القاعدة القانونية التي يقررها المشرع وتكون في مصلحة المتهم كقرينة عدم القدرة على من لم يبلغ الحلم على فهم الخطاب والأداء ، أو على عدم قدرته على الأداء ، وإن كان قادراً على فهم الخطاب وبالتالي عدم تكليفه ، وعدم مسائلته جنائياً ، وقرينة افتراض العلم . فالجهل بعدم العلم ليس بعذر وإنما يلزم المتهم إثبات ذلك . وكذلك من القرائن القانونية التي تكون قابلة لإثبات عكسها كقرينة البراءة إذ أنها في جانب المتهم دائماً .

أما افتراض القصد الجنائي في بعض الأحوال فعلى المتهم إثبات عكس ذلك[921].

([921]) إثبات موجبات الحدود والقصاص والتعازير لأستاذنا الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص19.

الفصل السادس

الرقابة على الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي

المبحث الأول: ماهية الرقابة على الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي في تقدير الأدلة.

المبحث الثاني: مجالات الرقابة على الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي في تقدير الأدلة.

المطلب الأ ول : العناصر الرئيسية للحكم الجنائي .

المطلب الثاني : تعريف الحكم وأهميته في مجال الرقابة .

المطلب الثالث : ضوابط تسبيب الأحكام .

المطلب الرابع : عيوب تسبيب الأحكام الخاضعة للنقض في مجال الرقابة .

الفرع الأول : الخطأ في الإسناد .

الفرع الثاني : القصور في البيان .

الفرع الثالث : الفساد في الاستدلال .

المبحث الثالث: موقف الفقه من الرقابة على الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي.

الاتجاه الأول : رأي مرقس فهمي .

رأي مساند لهذا الاتجاه .

الاتجاه الثاني : رأي على زكي العرابي

آراء مساندة لهذا الاتجاه .

رأينا في الرقابة على الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي .

الفصل السادس

الرقابة على الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي

تمهيد وتقسيم :

سبق القول أن القاضي الجنائي يتمتع بحرية تقدير الأدلة ، وفقاً لاقتناعه الذاتي . وهذا يعني إقرار المشرع للقاضي بحرية تكوين اقتناعه في مجال تقدير الأدلة ، ولكن هل يستقل القاضي بهذا التقدير ويكون بمنأى عن أية رقابة ؟

هذه المسألة أثارت نقضاً فقهياً حاداً ، وكان مبعث هذا النقاش أنه يلزم القاضي بتسبيب اقتناعه من خلال تسبيب حكمه ، والحقيقة أن تسبيب الاقتناع غير تسبيب الحكم ، فتسبيب الاقتناع يتطلب بيان تفاصيل تقدير وتقييم القاضي للأدلة ، وتحديد مدى تأثير كل منها على اقتناعه ، أما تسبيب الحكم فيتطلب إثبات وجود الواقعة الإجرامية . ونص القانون الذي ينطبق عليها ، وأدلة الإثبات التي استند إليها .

وبناء على ذلك فسوف نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث نتناول من خلالها ماهية الرقابة على الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي في تقدير الأدلة . ومجالات هذه الرقابة ، وموقف الفقه منها . وذلك على النحو التالي :

المبحث الأول : ماهية الرقابة على الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي في تقدير الأدلة .

المبحث الثاني : مجالات الرقابة على الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي في تقدير الأدلة .

المبحث الثالث : موقف الفقه من الرقابة على الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي .

المبحث الأول

ماهية الرقابة على الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي

أساس الأحكام الجنائية أن للقاضي الجنائي حرية واسعة في تقدير الأدلة ، فيأخذ ما يقتنع بصحته منها ويطرح ما لا يقتنع به ، وهذا الاقتناع لا رقابة ولا سلطان لأحد عليه غير ضميره ووجدانه ، غير أن القاضي الجنائي من واجبه القضائي أن يبين الأسباب التي بنى عليها حكمه ، وأن يذكر هذه الأسباب قبل النطق بالحكم .

ومن هنا تكمن رقابة المحكمة العليا على أحكام قاضي الموضوع ، فالرقابة إنما هي على تسبيب الحكم ، وليست على تسبيب الاقتناع ، فليس للقاضي الجنائي أن يسبب اقتناعه الذاتي ، ولكن يجب عليه أن يسبب حكمه القضائي .

وليس الهدف من تسبيب الحكم هو اقتناع الخصوم والجمهور بتطبيق العدالة ، وإن القاضي الجنائي بنى حكمه على أسباب صحيحة تتفق عقلاً ومنطقاً مع ما حكم به على المتهم من إدانة أو براءة فحسب ، وإنما إضافة إلى ذلك لكي تتمكن المحكمة العليا من الرقابة على سلامة الحكم .

فالرقابة على الاقتناع الذاتي ليست على تقدير القاضي للأدلة ، وإنما على صحة الأسباب التي استدل بها على هذا الاقتناع ، ولذلك اشترط أن يكون الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي موافقاً للعقل والمنطق . فالقاضي ليس مكلفاً ببيان أسباب اقتناعه الشخصي . ولكنه مكلف ببيان أسباب الحكم الذي انتهى إليه ، وهو في مقام هذه الأسباب لابد أن يذكر الأدلة التي اعتمد عليها ، وكانت مصدراً لاقتناعه ، ولكنه غير مكلف بتحديد علة اقتناعه بهذه الأدلة بالذات . فهو مكلف بإثبات بما اقتنع ، ولكنه غير مطالب بإثبات لماذا اقتنع[922].

وعلة ما سبق أن القاضي الجنائي اقتناعه ذاتي ، وعلى ضوء المرئيات المتوفرة لديه والتي قد تختلف من قاضٍ إلى آخر من حيث الذاتية ، ومن حيث المرئيات . فلا قدرة من حيث الذاتية ولا جدوى من حيث المرئيات من الرقابة على القاضي لماذا اقتنع ؟ ولكن الذي بالإمكان الرقابة من خلاله هو سبب حكمه الذي اقتنع به ، وحيث إن الأدلة هي مصادر هذا الاقتناع فعليه أن يبين ويعلل عناصر استدلاله ومصادر اقتناعه[923].

ورغم ما تصرح به محكمة النقض المصرية والفرنسية مراراً من أن حرية القاضي الجنائي في الاقتناع هي أمر موضوعي يدخل في نطاق السلطان النهائي لقاضي الموضوع على نحو يفلت به من رقابة محكمة النقض إلا أن هذا القول لا يعدو أن يكون مظهراً أكثر منه حقيقة ، لأن محكمة النقض لاحظت أن رقابتها هي الوسيلة التي تمنع انزلاق حرية القاضي الجنائي في الاقتناع إلى حد التحكم . فوجدت نفسها مضطرة لأن تقوم بدور هام في وضع تلك الحرية في إطارها الطبيعي ، حتى يظل اقتناع القاضي الذاتي اقتناعاً عقلياً منطقياً يقينياً قائماً على أدلة يقينية[924].

([922]) الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية لأحمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص467 .

([923]) نظرية الاقتناع الذاتي لمفيدة سويدان ، المرجع السابق ، ص608 .

([924]) الإثبات في المواد الجنائية لأبو عامر ، المرجع السابق ، ص148 .

ففي الحكم بالإدانة قررت المادة 310 من قانون الإجراءات الجنائية المصري أن يشتمل الحكم على بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة ، والظروف التي وقعت فيها ، وأن يشير إلى نص القانون الذي حكم بموجبه .

ولذلك بيان الواقعة وأركان الجريمة وأدلة ثبوتها ومؤداها تمكن محكمة النقض من الرقابة على تطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً على الواقعة ، كما صار إثباتها في الحكم ، أما مجرد الإشارة إلى دليل الإدانة دون سرد مضمونه لا يكفي أن يكون تسبيباً للحكم ، وبالتالي يكون معيباً ، كما لا يكفي القول بأن الجاني جثم فوق المجني عليها أثناء نومها ولما حاولت الاستغاثة أطبق على عنقها ليكتم أنفاسها ، وظل كذلك كاتماً أنفاسها حتى فاضت روحها ، لإثبات نية القتل فهذا لا يفيد سوى مجرد قصد ارتكاب الفعل المادي[925].

وفي الحكم بالبراءة يكون صحيحاً إذا كانت المحكمة قد تشككت في صحة إسناد التهمة قبل المتهم إذ مرجع الأمر في ذلك إلى ما تطمئن إليه المحكمة في تقدير الدليل ، ما دام حكمها يشتمل على ما يفيد أنها محصت الدعوى وأحاطت بظروفها وبأدلة الثبوت التي قام عليها الاتهام ووازنت بينها وبين أدلة الدفاع فرجحت دفع المتهم أو داخلتها الريبة في عناصر الاتهام[926].

ولذلك قضت محكمة النقض المصرية أن (أساس الأحكام الجنائية إنما هو حرية قاضي الموضوع في تقدير الأدلة القائمة في الدعوى . فما دام لم يبين في حكمه أنه لم يقض بالبراءة إلا بعد أن ألم بتلك الأدلة ووزنها ، فلم يقتنع وجدانه بصحتها . فلا يجوز مصادرته في اعتقاده ، ولا المجادلة في حكمه أمام محكمة النقض ، كما أنه لا يحكم بالإدانة إلا إذا اطمأن ضميره إليها بشرط أن يكون هذا الاطمئنان مستمداً من أدلة قائمة في الدعوى ، يصح في العقل أن يؤدي إلى ما اقتنع به القاضي ، وما دام الأمر كذلك فلا تجوز المجادلة في حكمه أمام محكمة النقض)[927].

وقضت محكمة التمييز السورية أن (نظام الإثبات القائم على قناعة القاضي الشخصية يتحكم عليه تقصي الجريمة والوقوف على الحقيقة بجميع وسائل الإثبات بعد محاكمة يستمع فيها إلى أقوال الشهود ومناقشتهم واستنباط صحة نقلهم للوقائع ، وللتدليل على حسن استعمال السلطة الواسعة التي أمد المشرع بها القاضي الجزئي ، توصلاً لاستخلاص القناعة)[928].

([925]) الإجراءات الجنائية لأبو عامر ، المرجع السابق ، ص921 ـ 922 . وكتابه الإثبات في المواد الجنائية ، المرجع السابق ، ص162 ـ 163 .

([926]) الإجراءات الجنائية لأبو عامر ، المرجع السابق ، ص928 . وكتابه الإثبات في المواد الجنائية ، المرجع السابق ، ص159.

([927]) نقض 1953/5/8م مجموعة المبادئ القانونية ، س3 رقم 341 ، ص948 سلطة القاضي الجنائي لفاضل زيدان ، المرجع السابق ، ص334 .

([928]) محكمة التمييز السورية ، القضية 667 لعام 1983م ، القرار 83/486 في 1983/9/29م ، مجلة المحامون السورية، العدد الرابع ، السنة 49 نيسان 1984م ، ص270 . سلطة القاضي الجنائي لفاضل زيدان ، المرجع السابق ، ص335 .

وقضت محكمة التعقيب التونسية أن (الاقتناع بتواجد نية القتل موكول لاجتهاد حكام الموضوع شريطة التعليل الصحيح)[929].

وقضت الغرفة الجنائية في المجلس الأعلى للقضاء المغربي أنه (يجب أن يكون كل حكم معللاً من الناحيتين الواقعية والقانونية ، ولو في حالة البراءة ، وإلا كان باطلاً ، وإن نقصان الدليل يوازي انعدامه)[930].

([929]) محكمة التعقيب التونسية ، قرار تعقيبي جزائي ، عدد 3636 في 36 ديسمبر 1979م، نشرية التعقيب التونسية لعام 1979م، سنة الطبعة 1980م ، ص216 . سلطة القاضي الجنائي لفاضل زيدان ، المرجع السابق ، ص334 .

([930]) الغرفة الجنائية المغربية ، القرار 729 في 20 مايو 1976م ، الملف الجنحي ، عدد 28636 ، مجلة القضاء والقانون ، العدد 127 . السنة 17 ، ص196 سلطة القاضي الجنائي لفاضل زيدان ، المرجع السابق ، ص335 .

المبحث الثاني

مجالات الرقابة على الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي

تمهيد وتقسيم :

الحكمة من تسبيب القاضي للحكم إنما يتيح فرصة الرقابة على سلامته من المحكمة العليا ، وأن هذا الحكم بني على أسس سليمة منطقية تحقق الهدف أو الغاية المنشودة من القضاء ، وهي تحقيق العدالة .

وبما أن مجال الرقابة لمحكمة النقض على حسن تطبيق القانون يتم من خلال تسبيب الأحكام الجنائية .

لذلك سوف نبين تعريف التسبيب وأهميته وضوابطه وعيوبه ، وقبل ذلك نبين العناصر الرئيسية التي يشتمل عليها الحكم الجنائي وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول : العناصر الرئيسية للحكم الجنائي .

المطلب الثاني : تعريف تسبيب الحكم وأهميته في مجال الرقابة .

المطلب الثالث : ضوابط تسبيب الأحكام .

المطلب الرابع : عيوب تسبيب الأحكام في مجال الرقابة .

المطلب الأول : العناصر الرئيسية للحكم الجنائي :

لابد وأن يشتمل الحكم الجنائي على ثلاثة عناصر رئيسية هي : ديباجة وأسباب ومنطوق ، وعند تخلف أي عنصر من هذه العناصر يترتب عليه بطلان الحكم .

أ ـ ديباجة الحكم[931]:

هي مقدمة الحكم والجزء الأول منه أي التي تسبق الأسباب مباشرة ، وتعد بمثابة التمهيد له ، وينبغي أن تشتمل على بيانات متعددة .

وأول هذه البيانات صدوره (باسم الأمة) أو (باسم الشعب) ويترتب على إغفال ذلك البطلان ، استناداً إلى نص المادة 63 من الدستور المصري لعام 1958م ثم إلى نص المادة 72 من الدستور الحالي ، حيث أنها تنص على أن (تصدر الأحكام وتنفذ باسم الأمة) ثم في نصوص لاحقة تصدر باسم الشعب . ثم عدل عن ذلك فلا يترتب على إغفاله بطلان الحكم حسب الحكم الصادر في 21 يناير 1974م على اعتبار أن إيراد اسم الأمة أو الشعب بورقة الحكم ليس إلا عملاً مادياً لاحقاً كاشفاً عن الأمر المفترض بقوة الدستور ، وليس منشئاً لـه ، وبالتالي لم يعتبر في بيانات الحكم طبقاً للمادتين 178 من قانون المرافعات و 310 من قانون الإجراءات الجنائية .

أما البيانات الأخرى للديباجة فتتضمن ما جاءت به المادة 178 من قانون المرافعات حيث تتطلب في الحكم بيان المحكمة التي أصدرته وتاريخ إصداره ومكانه ، وأسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة واشتركوا في الحكم وحضروا تلاوته ، وعضو النيابة الذي أبدى رأيه في القضية إن كان ، وأسماء الخصوم وألقابهم وصفاتهم وموطن كل منهم ، وحضورهم وغيابهم وما قدموه من طلبات أو دفوع ، وخلاصة ما استندوا إليه من الأدلة الواقعية والحجج القانونية ، ومراحل الدعوى ورأي النيابة ، وقد نصت في الفقرة الثانية من نفس المادة على أن القصور في أسباب الحكم الواقعية والنقص أو الخطأ الجسيم في أسماء الخصوم وصفاتهم ، وعدم بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم يترتب عليه بطلان الحكم .

ب ـ أسباب الحكم :

ويقصد بها تسبيب الحكم وبيان الأسانيد الواقعية والقانونية التي بني عليها ويلزم توافر خصائص جوهرية في تسبيب الأحكام أهمها أن يكون الحكم مدوناً بخط مقروء ، جلياً غير مفرغ في عبارات معماة متسقاً في مجموعه لا يقع فيه التناقض الذي لا يكشف عن قصد المحكمة ، منطقياً يؤدي فعلاً إلى ما انتهى إليه في منطوقه ،

([931]) ضوابط تسبيب الأحكام لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص13 ـ 14 .

ولا يتعارض مع ما هو ثابت في محضر الجلسة أو غيره من أوراق الدعوى ، ومن اللازم أن تنطوي الأسباب على الأسانيد الواقعية والقانونية التي اعتمدت عليه المحكمة في تكوين عقيدتها ، والرد على الطلبات الهامة والدفوع الجوهرية التي يقدمها الخصوم .

وإذا كان الحكم صادراً بالإدانة وجب أن تشمل الأسباب على بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة والظروف التي وقعت فيها ، فضلاً عن النص القانوني الذي طبق عليها[932].

ج ـ منطوق الحكم :

وهو الجزء الأخير من الحكم ، والذي يلي الأسباب مباشرة ، وهو الذي تصب فيه المحكمة قضاءها في الدعوى ، وإذا كانت هناك أكثر من تهمة وجب أن يشتمل منطوق الحكم على ما قضت به في كل تهمة[933].

وينبغي أن يفصل في جميع الطلبات المقدمة من الخصوم ، سواء في الدعوى الجنائية أو المدنية وإلا كان باطلاً ، ومن الجائز سد النقص في منطوق الحكم من أسبابه لأن كلاً من الأمرين متمم للآخر ، كأن تقرر المحكمة في المنطوق إدانة المتهم في إحدى التهمتين ، وتغفل الثانية فيه ، حين تشير الأسباب إلى عدم ثبوتها قبله ، أو كأن ترفض الدعوى المدنية في الأسباب وتغفل ذكر ذلك في المنطوق .

وينبغي أن يبين المنطوق اسم المتهم المقصود بالإدانة أو بالبراءة عند تعدد المتهمين ، أما إذا لم يتعددوا وأغفل الحكم اسم المتهم كلية في المنطوق اكتفاء بوروده في الأسباب ، أو الديباجة فإن ذلك لا يمس سلامته[934].

هذا ويجب أن يكون منطوق الحكم الوارد في نسخة الحكم الأصلية مطابقاً لما نطقت به المحكمة شفوياً ، وإلا ترتب على اختلافها بطلان الحكم . وهذا الجزء يعتبر أهم أجزاء الحكم ، لأن حقوق الخصوم ، والتزاماتهم تتعلق به . ولذا فهو الجزء الذي يحوز حجية الأمر المقضي به ، وهو الذي توجه إليه طرق الطعن[935].

المطلب الثاني : تعريف تسبيب الحكم وأهميته في مجال الرقابة :

الفرع الأول : تعريف التسبيب (أسباب الحكم) :

هي الأسانيد التي يقوم عليها منطوقه من ناحيتيه القانونية والموضوعية معاً[936]. وقد بينت محكمة النقض المصرية المراد بالتسبيب بأنه تحديد الأسانيد

([932]) نظم الإجراءات الجنائية لجلال ثروت ، المرجع السابق ، ص524 ـ 525 .

([933]) نظم الإجراءات الجنائية لجلال ثروت ، المرجع السابق ، ص525 .

([934]) ضوابط تسبيب الأحكام لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص23 ـ 24 .

([935]) نظم الإجراءات الجنائية لجلال ثروت ، المرجع السابق ، ص525 .

([936]) ضوابط تسبيب الأحكام لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص13 .

والحجج التي بني الحكم عليها ، والمنتجة له سواء من حيث الوقائع أو من حيث القانون[937].

وفي ظل نظام الاقتناع الذاتي ، فالتسبيب يتعلق ببيان الأدلة التي استقى منها اقتناعه وسرد مضمونها (مؤدى الدليل) ، كما أن عليه بيان الواقعة الإجرامية وظروفها والنص القانوني المنطبق عليها[938].

إذاً المقصود بأسباب الحكم هي الأسانيد القانونية والواقعية التي يقوم عليها الحكم الجنائي ، وبمعنى آخر هي الحجج الواقعية والقانونية التي استخلص منها الحكم منطوقه ، فهي الأسانيد والمقدمات المنطقية التي تقود إلى النتيجة التي خلص إليها الحكم من حيث إدانة المتهم أو براءته ، أو الإفراج عنه ، أو عدم مسئوليته ، أي من حيث فعله في موضوع الدعوى على نحو معين ، فهي تمثل التسجيل الدقيق والكامل للنشاط القضائي المبذول من قبل القاضي لإصدار الحكم[939].

([937]) نقض 1969/5/12م مجموعة أحكام النقض ، س20 ، رقم 142 . ونقض 1970/4/19م مجموعة أحكام النقض، س21 ، رقم 146 . ونقض 1973/1/21م مجموعة أحكام النقض ، س24 رقم 27 . نظم الإجراءات الجنائية لجلال ثروت ، المرجع السابق ، ص524 . ونقض 1973/12/3م أحكام النقض ، س24 ، ق232 ، ص1131 سلطة القاضي الجنائي لفاضل زيدان ، المرجع السابق ، ص337 .

([938]) نظرية الاقتناع الذاتي لمفيدة سويدان ، المرجع السابق ، ص610 .

([939]) سلطة القاضي الجنائي لفاضل زيدان ، المرجع السابق ، ص336 .

الفرع الثاني : أهمية تسبيب الحكم في مجال الرقابة :

لا جدال بأن تسبيب الأحكام الجنائية ذا أهمية كبيرة جداً في مجال المنازعات عموماً ، سواء في المدني أو الجنائي ، وتبدو هذه الأهمية بأنها تتيح الفرصة في الرقابة على حسن تطبيق القانون ، فضلاً عن أهميتها لوجوه واعتبارات متعددة ، ونستطيع أن نحدد أهمية التسبيب من أربعة وجوه :

الوجه الأول : بالنسبة لقضاة المحكمة العليا :

وتبدوا الأهمية من خلال إلزام المشرع والقضاء للقاضي الجنائي بذكر أسباب حكمه . وإن عدم ذكرها يترتب عليه البطلان ، وسبب هذا الإلزام كي تستطيع أن تراقب حسن تطبيق القانون من خلال هذا التسبيب ، فهو السبيل الذي يتاح لجهة نظر الطعن في الحكم أن تؤدي رسالتها في مراقبة مدى توفيق الحكم من حيث الإحاطة بالوقائع إحاطة سليمة ، فضلاً عن صحة تطبيق القانون عليها[940].

وبدون هذا التسبيب لا تستطيع أن تلم أو تدرك بما قضت به المحكمة ، ولا تستطيع أن تدرك مدى إلمام المحكمة بالوقائع التي فصلت فيها ، أو مدى حسن تطبيقها للقانون[941].

فالتسبيب يسهل مهمة المحكمة العليا في ممارسة وظيفتها القانونية لتتأكد من سلامة وصحة الأحكام ، وهو الوسيلة للرقابة على الأحكام والقرارات ، لتدعيم الحكم ومنحه مظاهر قوته ، والمتمثلة بحجية الشيء المحكوم به[942].

الوجه الثاني : بالنسبة للخصوم :

التسبيب هو الوسيلة التي من خلالها تتحدد قناعة الخصوم بالحكم أو عدم قناعتهم ، ولذلك في حالة عدم اقتناع الخصم بالحكم . فإنه ومن خلال التسبيب يستطيع أن يقدم طعنه في الجهة التي يرى أن تسبيبها غير كاف أو أنه يرى أن القاضي اعتمد على سبب دون آخر فلا يقتنع بأن هذا السبب جدير بإدانته فضلاً على أنه يستطيع دحض وتفنيد هذا السبب أو ذاك ، لذلك تبين أهمية تسبيب الأحكام بالنسبة للخصوم ، وأنه بناء على هذه الأسباب يتحدد موقف الخصوم من الاقتناع بالحكم أو الطعن به .

الوجه الثالث : بالنسبة للجمهور (المجتمع) :

إن التسبيب يلعب دوراً أساسياً في تحقيق التوازن القانوني والأخلاقي في المجتمع من خلال اعتبار الحكم وسيلة لإقناع الرأي العام وتدعيم ثقته ، مما يدفع عن القاضي الريبة والشك ، وبذلك يؤدي دوراً نفسياً بالنسبة للكافة لاقتناعه بعدالة القضاء[943].

([940]) ضوابط تسبيب الأحكام لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص6 .

([941]) نظرية الاقتناع الذاتي لمفيدة سويدان ، المرجع السابق ، ص611 .

([942]) عبد الفتاح ، عزمي ، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة (القاهرة ، المطبعة العربية الحديثة ، دار الفكـر العـربي ، ط1 ، 1983م) ، ص54 .

([943]) تسبيب الأحكام لعزمي عبد الفتاح ، المرجع السابق ، ص21 ـ 22 .

وهو الوجه الاجتماعي الذي يتحقق من خلاله الثقة في القضاء والأحكام القضائية ، واطمئنان الناس إلى أن العدالة موجودة(944).

ولذلك يقول البعض أن التسبيب لا يؤدي وظيفة التمهيد لإعادة الفحص عند الطعن بقدر ما يؤدي وظيفة أسمى هي إقناع الناس بعدالة الرأي(945).

الوجه الرابع : بالنسبة للقاضي نفسه (قاضي الموضوع) :

فالتسبيب يشكل ضمانة عامة إزاء تحكم القاضي وانحرافه عن ممارسة حريته في تقدير الأدلة ، وضمانة للقاضي نفسه مما يملي عليه من ضغوط . فالتسبيب يدفع القاضي إلى الدقة والحرص في تقدير الأدلة تقديراً يتماشى مع قواعد العقل والمنطق ، فيقود القاضي إلى احترام المبادئ الإجرائية التي تكفل حياد ومعقولية ومنطقية حكمه ، فيضمن لنا أن القاضي لم يؤسس حكمه إلا على الأدلة المطروحة في الجلسة ، وأنه راعى حقوق الدفاع ، والضمانات الأساسية للخصوم وخاصة المتهم(946).

هذا وقد أجملت محكمة النقض المصرية أهمية تسبيب الأحكام الجنائية في أحد أحكامها بقولها (إن تسبيب الأحكام من أعظم الضمانات التي فرضها القانون على القضاة، إذ هو مظهر قيامهم بما عليهم من واجب تدقيق البحث وإمعان النظر لتُعْرَف الحقيقة التي يعلنونها فيما يفصلون فيه من الأقضية . وبه وحده يسلمون من مظنة التحكم والاستبداد ، لأنه كالعذر فيما يقدمونه بين أيدي الخصوم والجمهور ، وبه يرفعون ما قد يرد على الأذهان من الشكوك والرّيب ، فيدعون الجميع إلى عدلهم مطمئنين)(947).

المطلب الثالث : ضوابط تسبيب الأحكام :

اختلف الفقه في ضوابط تسبيب الأحكام تبعاً لاختلافهم في الرقابة على الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي من الناحية الواقعية . وهذا الاختلاف الأخير سوف نتناوله في المبحث الثالث من هذا الفصل إن شاء الله .

أما هنا فسوف نبين بإيجاز الضوابط التي تناولها الفقه من الناحيتين الواقعية والقانونية .

---

(944) نظرية الاقتناع الذاتي لمفيدة سويدان ، المرجع السابق ، ص611 .

(945) حرية الاقتناع والمشاكل المرتبطة به لجيوفاني ، المرجع السابق ، ص925 .

(946) سلطة القاضي الجنائي لفاضل زيدان ، المرجع السابق ، ص338 ـ 340 .

(947) نقض 1929/2/21م القواعد القانونية، ج، رقم 170، ص178 ضوابط تسبيب الأحكام رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص7.

أولاً : ضوابط تسبيب الأحكام المتعلقة بالواقع[948]:

تراقب محكمة النقض من خلال تسبيب الأحكام سلامة الحكم من الناحية الواقعية، فيجب أن تعكس الأسباب سلامة الاستدلال القضائي الذي استخدمته المحكمة ، وبالتالي فإن ضوابط تسبيب الحكم فيما يتعلق بالواقع يكون إما بأدلة الدعوى أو بواقعة الدعوى .

أ ـ فالضوابط التي تتعلق بأدلة الدعوى تتمثل في حدين أحدهما إجرائي والآخر موضوعي ، واقتناع القاضي بالأدلة أمر موضوعي متروك لضميره ووجدانه ، ولكن لسلامة هذا الاقتناع لابد وأن يلتزم القاضي الجنائي بهذين الحدين ، وتراقب محكمة النقض من خلالهما أسباب الحكم المتعلقة بأدلة الدعوى .

فسلامة الحد الإجرائي تتمثل في أن يعتمد القاضي الجنائي في حكمه على أدلة قضائية ، أي أدلة طرحت أمامه في الجلسة ، وأن تكون هذه الأدلة مشروعة[949].

أما سلامة الحد الموضوعي فتتمثل في أن يبني القاضي اقتناعه على أدلة حقيقية لا وهمية ، أي أدلة لها أصل في أوراق الدعوى ، كما يتطلب أن تكون الأدلة مقبولة في العقل والمنطق ، وأن يبحث القاضي في أوجه الدفاع الجوهري ويرد عليها .

ب ـ أما الضوابط التي تتعلق بواقعة الدعوى فهي العناصر الأساسية التي يستظهرها القاضي من الواقعة والتي تؤثر في التكييف القانوني الذي يعتمد عليه في استخلاص النتيجة ، وبعد استقراء هذه العناصر يستنبط القاضي الصورة النهائية بناء عليها .

والخلاصة من ذلك هو أن الاستدلال الجدلي يكون لدى القاضي اقتناعاً مبدئياً بأدلة الدعوى ، ثم يتحدد اقتناعه النهائي بها في ضوء استقراء مجموع الأدلة لاستنباط الأدلة الصحيحة بعد ذلك .

وبعد الانتهاء من مهمة التأكد من الأدلة يبدأ في استقراء العناصر الواقعية التي شهدت عليها الأدلة لاستنباط الصورة النهائية لواقعة الدعوى ، ولابد أن ينعكس هذا الاستدلال القضائي على أسباب الحكم حتى تستطيع محكمة النقض مراقبة محكمة الموضوع في منطقها القضائي المتعلق بالواقع .

ثانياً : ضوابط تسبيب الأحكام المتعلقة بالقانون[950]:

تراقب محكمة النقض من خلال تسبيب الأحكام سلامة الحكم من الناحية القانونية ، وذلك من خلال التكييف القانوني لواقعة الدعوى ، واستنباط حكم القانون على هذه الواقعة. وتتوقف رقابة محكمة النقض في هاتين النقطتين على تحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق .

ويتطلب التكييف القانوني قيام شرطين لازمين :

([948]) النقض الجنائي وإعادة النظر لأحمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص211 ـ 216 .

([949]) باستثناء دليل البراءة فيمكن الأخذ بدليل غير مشروع .

([950]) النقض الجنائي لأحمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص247 ـ 248 .

1- أن ينص المشرع على أنه إذا توافرت واقعة مجردة لها خصائص معينة ، فإنها تندرج تحت أحد الأوصاف التي يعرفها القانون ، ويرتب عليها أثراً قانونياً معيناً .
2- أن يعلن القاضي أن الواقعة المعروضة عليه تتوافر فيها خصائص الواقعة المجردة التي أضفى عليها القانون وصفاً قانونياً معيناً .

والشرط الأول هو من عمل المشرع ، أما الشرط الثاني فهو من عمل القاضي .

والمشرع حين يضفي تكييفاً قانونياً معيناً على واقعة ما ، فإنه ينشئ هذا التكييف ، هذا بخلاف القاضي فإنه حين يضفي هذا التكييف على الواقعة المعروضة عليه فإنه يعلن هذا التكييف ويكشفه .

وهناك ارتباط وتلازم تام بين الشرطين ، فالقاضي لا يمكنه أن يختار تكييفاً معيناً إلا إذا عرفه المشرع . بل أن دوره في هذا الشأن كاشف محض لأنه يتمثل في أن الخصائص التي يتطلبها المشرع في الواقعة المجردة قد توافرت في الواقعة المعروضة عليه .

المطلب الرابع : عيوب تسبيب الأحكام الخاضعة للنقض في مجال الرقابة :

لكي يكون الحكم صحيحاً يجب أن يكون سالماً من أي عيب يوجب نقضه من قبل المحكمة التي تراقبه .

فالحكم قد يكون معيباً بالخطأ في الإسناد ، وقد يكون معيباً بالقصور في بيان الأسباب التي بني عليها ، وقد يكون معيباً بالفساد في الاستدلال .

ولذلك سوف نبين كل عيب من هذه العيوب مع الأمثلة التطبيقية القضائية التي تنقض الحكم استناداً إلى وجود عيب من هذه العيوب ، وذلك في ثلاثة فروع :

الفرع الأول : الخطأ في الإسناد .
الفرع الثاني : القصور في البيان .
الفرع الثالث : الفساد في الاستدلال .

الفرع الأول : الخطأ في الإسناد :

ويعني أن يكون تسبيب الحكم مبني على أدلة غير موجودة . أي ليس لها أصل في أوراق الدعوى ، ولذا يكون التسبيب الذي بنى عليه القاضي حكمه باطلاً وبالتالي فالحكم باطلاً ووجه هذا البطلان الخطأ في الإسناد . كما أنه إذا بنى القاضي حكمه على أدلة وهمية لا أساس لها في أوراق الدعوى ، وكان لهذه الأدلة أثر في عقيدة المحكمة ، كان هذا الحكم باطلاً ووجه هذا البطلان الخطأ في الإسناد.

فلا يمكن للمحكمة أن تعتمد في حكمها على دليل ليس له مصدر في أوراق الدعوى . أما إذا اعتمدت المحكمة على أدلة صحيحة موجودة في أوراق الدعوى فلا يكون الحكم باطلاً حتى وإن تضمن خطأ في الإسناد إلا إذا كان له تأثيراً على عقيدة المحكمة .

لذلك يجب على القاضي أن يبني حكمه على أدلة مستمدة من أوراق الدعوى . فإذا قام حكمه على أدلة لا أصل لها في الأوراق ، كان حكمه مشوباً بعيب الخطأ في الإسناد ، ويتحقق هذا الخطأ بتوافر شرطين هما[951]:

1- أن يكون الأدلة التي بنى عليها القاضي حكمه ليس لها مصدر في أوراق الدعوى .

2- أن يكون هذا الخطأ وارداً على أدلة تؤثر في اقتناع القاضي.

ومن صور الخطأ في الإسناد ، إسناد الحكم أقوال إلى الشاهد لم يدلي بها أو إسناده إلى اعتراف متهم لم يصدر منه ، أو إسناده إلى معاينة لم تسفر عما نسب إليها أو عبارة عامة إلى تقرير طبي لم ترد به ، وعلى العموم كلما أسند الحكم إلى واقعة جوهرية اعتبرها القاضي صحيحة وقائمة وهي في الأصل لا وجود لها[952].

ومن التطبيقات القضائية في ذلك :

قضت محكمة النقض المصرية بنقض الحكم لعيب الخطأ في الإسناد إذا (أسندت المحكمة في حكمها بالإدانة في جريمة القتل الخطأ على ما ذكرته من أن الشهود شهدوا بأنهم وجدوا السيارة التي كان يقودها المتهم عقب الحادث في منتصف الطريق ، مع أن أحداً من هؤلاء الشهود لم يذكر ذلك لا في التحقيقات الابتدائية ولا بجلسة المحاكمة)[953].

وقضت بأنه (لا يجوز أن يؤسس الحكم قضاؤه في صدد نفي حالة الدفاع الشرعي، على أن إجماع الشهود في التحقيقات الابتدائية قد انعقد على عدم صحة ما دفع به الطاعن ، وكان يبين من مواجهة ملف الدعوى أن ما قالته المحكمة يخالف الثابت في ذلك التحقيق ، إذ قرر الشهود الذي أشار إليهم الطاعن بما يتفق ودفاعه)[954].

وقضت بأنه (إذا كان ما أثبتته المحكمة من شهادة الشاهد واعتمدت عليه في حكمها يناقض الثابت على لسانه بمحضر الجلسة الذي اعتمده رئيسها وكاتبها بالتوقيع عليه فاكتسب بذلك حجية لا يحل بعدها للمحكمة أن تطرحه وتعتمد في قضاءها على ما سمعته هي دون الثابت في المحضر ما دامت هي لم تجر تصحيح ما اشتمل عليه بالطريقة التي رسمها القانون)[955].

وقضت بأنه (إذا استدل الحكم على جدية أقوال الشهود بتحقيق النيابة إلى ما قرره بجلسة المحاكمة بما لا أصل له في الأوراق ، فإن الحكم يكون معيباً بالخطأ في الإسناد)[956].

---

[951]) النقض الجنائي لأحمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ج3 ، ص217 ـ 218 .

[952]) سلطة القاضي الجنائي لفاضل زيدان ، المرجع السابق ، ص359 .

[953]) نقض 29 نوفمبر عام 1949م ، مجموعة أحكام النقض ، س1 ، رقم 42 ، ص122 . النقض الجنائي وإعادة النظر لأحمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص220 .

[954]) نقض 1954/3/11م ، مجموعة أحكام النقض ، ق14 ، ص418 . سلطة القاضي الجنائي لفاضل زيدان ، المرجع السابق ، ص359 .

[955]) نقض 1959/2/3م ، أحكام النقض في خمسين عاماً ، س10 ، ق2248 ، ص724 . سلطة القاضي الجنائي لفاضل زيدان ، المرجع السابق ، ص360 .

[956]) نقض 6 فبراير 1977م مجموعة أحكام النقض ، س28 ، رقم 44 ، ص198 . النقض الجنائي لأحمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص220 .

وقضت بأنه (إذا أستندت المحكمة في إثبات التزوير إلى تقرير خبير ثم تبين أنه لم يقدم في الدعوى تقريراً على الإطلاق فإنه يكون معيباً بعيب الخطأ في الإسناد)[957].

كما قضت بأنه (إذا أثبت الحكم أن البندقية وجدت مطمورة في زراعة شريك أحد المتهمين بقتل المجني عليه ، في حين أن الثابت من ملف الدعوى أن البندقية عثر عليها في زراعة مجاورة لزراعة شقيق أحد المتهمين ، وقد نفى صاحب الزراعة التي عثر على البندقية فيها قيام أية علاقة بينه وبين المتهمين ، فإن الحكم وهو بسبيل إثبات مدى اتصال المتهمين بالبندقية يكون قد أخطأ في الإسناد)[958].

كما يدخل ضمن نطاق الخطأ في الإسناد ، قيام الحكم في ثبوت الواقعة على دليل باطل في القانون ، أي جاء وليد إجراءات معيبة مخالفة للقواعد المختلفة التي رسمها القانون الإجرائي وألزم اتباعها ، سواء كانت في مرحلة التحري أو في التحقيق الابتدائي أو النهائي . كأن يستند القاضي في حكمه على دليل مستمد من تفتيش باطل ، أو قبض غير صحيح ، أو استجواب مخالف للقانون أو اعتراف مشوب بإكراه أو محرر مسروق .

وقد قضت الغرفة الجنائية المغربية أنه (إذا بنت المحكمة على أساس اعتراف المتهم أمام الدرك وتبين من محضر الدرك أن المتهم أنكر التهمة المنسوبة إليه وتمادى في إنكاره في سائر أطوار التحقيق تكون المحكمة قد حرفت التصريحات وبنت حكمها على غير أساس)[959].

الفرع الثاني : القصور في البيان :

ويعني أن تسبيب الحكم انطوى على عيب يمس سلامة استقراء الأدلة والعناصر الواقعية للجريمة ، فيعتبر الحكم معيباً بالقصور في البيان إذا[960]:

1- لم تبين الأسباب مضمون الأدلة التي أستندت عليها .
2- لم تبين مناقشة الأدلة بطريقة موضوعية وتشمل عدم الرد على أوجه الدفاع الجوهري.
3- لم تبين العناصر الواقعية الأساسية للجريمة .

وحتى تتمكن المحكمة العليا من مراقبة تطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً على الواقعة كما هي ثابتة في الحكم ، لا يكفي أن يذكر القاضي في حكمه عبارة مجملة للدليل أو الأدلة التي أستند إليها دون بيان مضمونها[961].

فإذا استند القاضي إلى اعتراف المتهم في إدانته يتعين عليه أن يذكر في حكمه نص هذا الاعتراف أو موجزه ، ويحدد الوقائع التي انصب عليها ، ويقرر أن هذه

([957]) نقض 2 مايو عام 1929م ، مجموعة القواعد ، ج1 ، رقم 244 ، ص284 . النقض الجنائي لأحمد فتحي سرور، المرجع السابق ، ص220 .

([958]) نقض 4 نوفمبر عام 1958م مجموعة الأحكام ، س9 رقم 218 ، ص886 . النقض الجنائي لأحمد فتحي سرور، المرجع السابق ، ص221 .

([959]) الغرفة الجنائية المغربية ، عدد 840 ، القرار الصادر في 14 فبراير عام 1974م في الملف ، جنائي رقم 38496 مجلة القضاء والقانون المغربية ، عدد 26 ، السنة 16 ، يوليو 1977م ، ص280 سلطة القاضي الجنائي لفاضل زيدان، المرجع السابق، ص360 ـ 361 .

([960]) النقض الجنائي لأحمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص221 .

([961]) العلام ، عبد الرحمن ، تعليل الأحكام ، (مجلة القضاء ، العدد الرابع ، عام 1954م) ص11 .

الوقائع هي التي تقوم بها أركان الجريمة والمسئولية عنها ، فإذا اقتصر الحكم على مجرد الإشارة إلى الدليل ، دون أن يورد مضمونه كان مشوباً بالقصور في التسبيب[962].

ومن التطبيقات القضائية في ذلك :

قضت محكمة النقض المصرية (أن عبارة " التهمة ثابتة من التحقيقات والكشف الطبي " إن كان لها معنى عند واضعي الحكم ، فإن هذا المعنى مستور في ضمائرهم لا يدركه غيرهم ، ولو كان الغرض من تسبيب الأحكام أن يعلم من حكم لماذا حكم لكان إيجاب التسبيب ضرباً من العبث ، ولكن الغرض من التسبيب أن يعلم من له حق المراقبة على أحكام القضاة من خصوم وجمهور ومحكمة النقض ما هي مسوغات الحكم .

وهذا العلم لا يتأتى بالمبهمات التي من قبيل ما أخذ به الحكم المطعون فيه ، بل لابد لحصوله من بيان مفصل ، ولو إلى أقل قدر تطمئن معه النفس والعقل إلى أن القاضي ظاهر العذر في إيقاع حكمه على الوجه الذي ذهب إليه دون وجه آخر مباين أو مناقض له)[963].

وقضت كذلك بأنه (إذا أدان الحكم المتهم في جريمة القتل الخطأ دون أن يورد مضمون ما قاله شاهد الإثبات في الدعوى ولا حاصل ما جاء في المعاينة وفي تقرير المهندس الفني وتقرير الصفة التشريحية ، مع تعويله في الإدانة على الأدلة المستمدة من ذلك فإنه يكون قاصراً)[964].

ويكفي لإيراد مضمون الدليل إيراد ما قام عليه الحكم ، فليس شرطاً إيراد نص أقوال الشهود ، أو نص تقرير الخبير ، بل يكفي إيراد مضمونه دون سرد تفصيلي مطول كما ورد بأوراق الدعوى ، وإنما المراد من بيانه هو إيضاح مضمون الأدلة بشكل جلي لا لبس فيه ولا غموض ، وإنما يكفي الإيجاز الدقيق لهذا المضمون بشرط ألا يكون الإيجاز مخلاً)[965].

وقضت محكمة النقض المصرية في ذلك بأن (الإيجاز وإن كان من حسن التعبير إلا أنه لا يجوز أن يكون إلى حد القصور)[966].

وقضت بأنه (كي يتحقق الغرض من التسبيب يجب أن يكون في بيان جلي مفصل، بحيث يستطاع الوقوف على مسوغات ما قضي به ، أما إفراغ الحكم في عبارات عامة معماة أو وضعه في صورة مجملة ، فلا يتحقق الغرض الذي قصده الشارع في استيجاب تسبيب الأحكام)[967].

---

(962) سلطة القاضي الجنائي لفاضل زيدان ، المرجع السابق ، ص353 .

(963) نقض 28 فبراير عام 1929م مجموعة القواعد ، ج1 ، رقم 183 ، ص223 . النقض الجنائي لأحمد فتحي سرور، المرجع السابق ، ص222 .

(964) نقض 8 مايو عام 1950م مجموعة الأحكام ، س1 ، رقم 195 ، ص596 . النقض الجنائي لأحمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص223 .

(965) محسوب ، صالح ، فن القضاء (بغداد ، مطبعة العاني ، ط1 ، 1982م) ، ص90 .

(966) نقض 1946/2/4م أحكام النقض في خمسين عاماً، ق2957 ، ص874 فن القضاء لصالح محسوب، المرجع السابق،ص90

(967) نقض 29 يناير 1973م أحكام النقض في خمسين عام ، س24 ، ق2849 ، ص853 سلطة القاضي الجنائي لفاضل زيدان ، المرجع السابق ، ص356 .

وقضت الغرفة الجنائية في المجلس الأعلى المغربي أنه (لا تكفي لصحة الحكم أن تصرح المحكمة باقتناعها ، بما جاء في محضر الشرطة من اعترافات ، بل لابد من تعليل وجه ذلك الاقتناع ، بما يؤكده ويسانده من قرائن أخرى ، كدلالة المتهم على الأماكن المسروقة أو العثور بين يديه على المسروق كله أو بعض منه أو شهادة الشهود مما جعلها تقتنع بتلك الاعترافات وتطمئن إليها)[968].

وقضت محكمة التمييز السورية أنه (عند اعتماد المحكمة على تقرير طبي يجب إيراد مضمونه ولا تكفي الإشارة إلى نتائجه)[969].

وقضت محكمة النقض المصرية أنه (إذا كان الحكم قد اكتفى في بيان الدليل بالإحالة إلى محضر ضبط الواقعة ، ولم يورد مضمونه ، ولم يبين وجه استدلاله به ، فإنه يكون معيباً بالقصور في التسبيب مما يوجب نقضه)[970].

ويجب أن نشير إلى أنه يجب على القاضي أن يفصل في أوجه الدفاع الجوهري وينبع ذلك من احترامها لحقوق الدفاع ، فضلاً عن واجبها نحو تسبيب الأحكام .

والدفاع الجوهري هو ظاهر التعلق بموضوع الدعوى ، ومؤثراً في التطبيق القانوني على واقعة الدعوى ، أما غير المؤثر في واقعة الدعوى ، فالقاضي ليس ملزماً بالرد عليه .

والتزام القاضي بالرد على أوجه الدفاع الجوهري يتطلب توافر شرطين هما :

1- أن يكون طلب المتهم جازماً صريحاً يصر عليه المتهم دائماً أمام المحكمة .
2- أن يطلب المتهم هذا الدفاع قبل قفل المحكمة[971].

ولذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن (دفاع المتهم والذي يعتبر دفاع جوهري يجب على المحكمة تحقيقه بلوغاً إلى غاية الأمر فيه)[972].

([968]) الغرفة الجنائية المغربية ، عدد 155 في 5 فبراير عام 1976م، مجلة القضاء والقانون في المملكة المغربية، يوليو 1978م ، ص174 . سلطة القاضي الجنائي لفاضل زيدان ، المرجع السابق ، ص356 .

([969]) محكمة التمييز السورية ، القضية 1262 لعام 1982م ، القرار 1269 / 82 في 1982/12/18م ، مجلة المحامون السورية - العدد الثاني ، السنة 48 عام 1983م ، ص187 ، سلطة القاضي الجنائي لفاضل زيدان ، المرجع السابق ، ص356 .

([970]) نقض 1972/5/29م ، أحكام النقض في خمسين عام ، س23 ، ق3001 ، ص883 سلطة القاضي الجنائي لفاضل زيدان ، المرجع السابق ، ص353 .

([971]) النقض الجنائي لأحمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص224 .

([972]) نقض23 يونيه عام 1975م مجموعة الأحكام ، س26 ، رقم 131 ، ص586 . النقض الجنائي لأحمد فتحي سرور، المرجع السابق ، ص225 .

الفرع الثالث : الفساد في الاستدلال :

أشرنا إلى أن القصور في البيان ينطوي على عيب سلامة استقراء أدلة الواقعة . أما الفساد في الاستدلال فينطوي على عيب سلامة استنباط أدلة الواقعة .

ويعني عيب الفساد في الاستدلال إذا تبين لمحكمة النقض أن التسبيب قام على أحد الأحوال التالية[973]:

1- أن تستند المحكمة في اقتناعها إلى أدلة غير مقبولة قانوناً أو غير صالحة من الناحية الموضوعية للاقتناع بها .
2- عدم فهم المحكمة للعناصر الواقعية التي ثبتت لديها .
3- التناقض بين العناصر الواقعية التي لدى المحكمة .
4- عدم اللزوم المنطقي للنتيجة التي انتهت إليها المحكمة بناء على العناصر الواقعية التي ثبتت لديها .

ومن التطبيقات القضائية لذلك :

قضت محكمة النقض المصرية أنه (لا يجوز للمحكمة أن تحل نفسها محل الخبير في مسألة فنية بحتة ، بل عليها ألا تشق طريقها لإبداء الرأي فيها دون الاستعانة بخبير يخضع رأيه لتقديرها . كل ذلك دون إخلال بسلطة المحكمة في تقدير رأي هذا الخبير وفقاً لاقتناعها)[974].

وقضت بأنه (لا يجوز للقاضي أن يلجأ في تقدير السن إلى أهل الخبرة أو إلى ما يراه بنفسه إلا إذا كانت هذه السن غير محققة بأوراق رسمية)[975].

وقضت محكمة التمييز السورية بأنه (يعيب الحكم تناقض منطوقه مع أسبابه ، أو تناقض أسبابه فيما بينها ، بحيث يعزو فاقداً الأسباب التي تبرره ، وحيث أن المحكمة مصدرة الحكم المطعون فيه قد استبعدت نية القتل في فعل المطعون ضدهما ، وتقول في موضع آخر من قرارها أن إقدام المطعون ضدهما على طعن المصاب بعدة طعنات في أماكن متفرقة من جسمه ، وحيث أن هذا التناقض يعيب الحكم ويتعين نقضه من هذه الجهة)[976].

وقضت محكمة النقض الليبية أن (التناقض الذي يعيب الحكم هو ما يقع بين أجزاء الشهادة الواحدة أو مجموع الشهادات التي أخذ بها الحكم ، بحيث يجعلها متخاذلة لا يمكن استخلاص نتيجة سليمة منها)[977].

وقضت محكمة النقض المصرية بأنه (وإن كان للمحكمة أن تأخذ ببعض أقوال الشاهد وتطرح البعض الآخر ، ولو كان منصباً على وقائع الدعوى ومتعلقاً بها

([973]) النقض الجنائي لأحمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص231 ـ 232 .

([974]) نقض 8 مايو عام 1962م مجموعة الأحكام ، س13 ، رقم 115 ، ص458 . النقض الجنائي لأحمد فتحي سرور، المرجـع السـابق ، ص233 .

([975]) نقض 28 مايو عام 1968م مجموعة الأحكام ، س19 ، رقم 121 ، ص608 . النقض الجنائي لأحمد فتحي سرور، المرجع السـابق ، ص233 .

([976]) محكمة التمييز السورية ، القضية 343 العام 1983م ، القرار 83/474 في 1983/9/21م ـ مجلة المحامين السورية ـ العدد الرابع ، السنة 49 عام 1984م ، ص423 . سلطة القاضي الجنائي لفاضل زيدان ، المرجع السابق ، ص358 .

([977]) طعن جنائي ليبي 28/15 جلسة 23 فبراير 1982م ـ ا لة القضائية العربية (تصدرها الأمانة العامة لمس وزراء العدل ، ع1 ، س1 ، أبريل عام 1984م) ص338 وسلطة القاضي الجنائي لفاضل زيدان ، المرجع السابق ، ص358 .

، إلا أنه يجب أن يكون واضحاً من الحكم الذي وقعت فيه تلك التجزئة أن المحكمة قد أناطت بالشهادة ومارست سلطتها في تجزئتها بغير بتر لفحواها ، إذ أن وقوف المحكمة عند هذا الحد ينصرف إلى أنها لم تفطن إلى ما يعيب شهادة الشاهد مما يصم استدلالها بالفساد)[978].

وقضت بأنه (لا يتأتى في منطق العقل أن يتخذ الحكم من دفاع المتهم دليلاً عليه ، بل من واجب المحكمة تقييم الدليل على قصور هذا الدفاع من واقع الأوراق ، إذا هي أطرحته وإن تثبت بأسباب سائغة كيف كان المتهم ضالعاً في الجريمة ، وإلا كان الحكم مشوباً بالقصور وفساد الاستدلال مما يعيبه ويستوجب نقضه)[979].

والخلاصة من ذلك أنه وإن كان القاضي في ظل نظام الاقتناع الذاتي حراً في اقتناعه إلا أن هذه الحرية غير مطلقة ، حيث هنالك حدود يتمثل في ضرورة الاستناد إلى أدلة قضائية ، وأن يبني اقتناعه على ضوء عملية استدلال جدية . فهذان الحدان أساسيان في عملية تكوين الاقتناع في ظل هذا النظام ، وهما لا يمسان من قريب أو بعيد حريته في الاقتناع الوجداني ، وعلة ذلك أنهما أيضاً سببان للثقة في هذا النظام طالما أننا على ثقة من أن القاضي لم يخالفهما ولم يتجاوزهما . وفي هذا الصدد فإن مراعاة أول هذه الحدود يتم بالرقابة الصارمة من جانب محكمة النقض . وهذا يقدم ضماناً جدياً ، من حيث مراقبة كل تجاوز يمكن أن يقوم به القاضي الذي يسمح لنفسه بعدم مراعاة قواعد التسبيب، إلا أنه غير ملزم بتقديم توضيح عن عملية الاستدلال والدوافع النفسية التي أدت إلى اقتناعه[980].

([978]) نقض 22 يونيو عام 1964م مجموعة الأحكام ، س15 ، رقم 99 ، ص499 . النقض الجنائي لأحمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص238 .

([979]) نقض 1959/12/8م مجموعة أحكام النقض ، س10 ، ق203 ، ص988 . سلطة القاضي الجنائي لفاضل زيدان، المرجع السابق ، ص363 .

([980]) نظرية الاقتناع الذاتي لمفيدة سويدان ، المرجع السابق ، ص609 .

المبحث الثالث

موقف الفقه من الرقابة على الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي

من خلال ما تم عرضه لموقف القانون والقضاء من الرقابة على الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي سوف نتناول في هذا المبحث موقف الفقه من هذه الرقابة .

وحيث أشرنا إلى أن أساس الرقابة على الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي تتم من خلال تسبيب الأحكام . وإذا كان من المسلم به وجوب تسبيب الأحكام من الناحية القانونية، أي بيان أركان الجريمة وظروفها القانونية ، والنص المنطبق عليها قانوناً . إلا أن الفقه لم يتفق على تسبيب الأحكام من الناحية الواقعية ، وهل القاضي الجنائي يكون لزاماً عليه تسبيب اقتناعه كلزومه بتسبيب حكمه ؟

لذا فقد اتجه الفقه في ذلك إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول :

يرى أنه لابد من الرقابة على الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي ، وأن ذلك لا يتعارض مع حريته في تقديره للأدلة وتكوين اقتناعه الذاتي .

الاتجاه الثاني :

ويرى أنه ليس هناك رقابة على الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي وأن ذلك يتعارض مع حريته في تقديره للأدلة وتكوين اقتناعه الذاتي وإنما تقتصر الرقابة على تسبيب الحكم فيما يتعلق بالقانون .

ولأهمية رأي الفقه في الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي (موضوع دراستنا) سوف نعرض آراء الفقه في كل من الاتجاهين بالتفصيل ، ثم نبين رأينا في الموضوع في نهاية هذا المبحث إن شاء الله .

وقبل ذلك يجدر أن نشير إلى تقرير لجنة الإجراءات الجنائية بمجلس الشيوخ في مصر [981].

والذي جاء فيه (من المقرر أن بيان الواقعة في الحكم هو لتمكين محكمة النقض من مراقبة أن الجريمة قد استكملت كل عناصرها التي يشترطها القانون وأنها تقع حقيقة تحت النص الذي طبقته ، ولكن المادة 314 من مشروع الحكومة المعروض قد استوجبت أيضاً اشتمال الحكم على الأسباب وعلى بيان الواقعة . وقد تساءل بعض الأعضاء عن المقصود بعبارة الأسباب . وقال أنه إذا كان المقصود بها بيان الأدلة التي تبني المحكمة عليها اعتقادها بثبوت التهمة ، فإن ذلك يخالف المبدأ العام الذي يقضي بأن القاضي إنما يحكم في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته ، ولا يدخل حكمه في ذلك تحت رقابة محكمة النقض .

وقد نصت المادة 306 التي أصبحت المادة 302 على هذا المبدأ صراحة ، ولا محل إذن لوجوب بيان هذه الأسباب في الحكم ، واعتباره باطلاً إذا خلا من بيانها . مع أنه ليس لأية جهة أخرى أي إشراف على تقديرها ، وطلب هذا الفريق من

([981]) ضوابط تسبيب الأحكام لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص424 ـ 425 .

الأعضاء حذف عبارة الأسباب من أجل ذلك ، وبقاء هذه العبارة كما هي عليه في قانون تحقيق الجنايات الحالي ، ولكن أغلبية اللجنة رأت وجوب بقاء هذه العبارة كما هي في المادة 314 من المشروع ، لأن القاضي يجب عليه أن يبرر حكمه من جميع الوجوه ، سواء من حيث ثبوت التهمة ، أو من حيث تطبيق القانون) .

الاتجاه الأول : والذي ينادي بهذه الرقابة معللاً بأنها لا تتعارض مع حرية القاضي الجنائي واقتناعه الذاتي في تقدير الأدلة .

رأي مرقس فهمي(982) :

(أين هي ؟ وفي أي عمل قضائي الوقائع المجردة عن القانون وكيف توجد ؟ إنه ليس من عمل القاضي ما يصح أن تكون وقائع بلا قانون أو قانون بلا وقائع ؟! بل عمله دائماً مزيج من الوقائع والقانون ، فالرقابة على هذا العمل المركب تكون لهواً إذا أردت أن تشرحه إلى نصفين مستقلين لا اتصال بينهما ، فتجعل للقانون حكماً ، وللواقعة حكماً ، وتجري هكذا حتى في الظروف التي تختلط الواقعة بالقانون والتي انتهك فيها القانون على حساب مخالفة الواقع واختراع ما لا أثر له .

إذا تقرر هذا وكان إسناد الحكم إلى وقائع غير حقيقية يقتضي بطلانه ، أفلا يكون باطلاً من باب أولى إذا أسند إلى أسباب لا تؤدي مطلقاً ، ومع اعتبارها صحيحة في جميع وقائعها إلى إثبات أن المتهم قد ارتكب الواقعة الجنائية التي عوقب من أجلها !! .

فالبطلان يسند إلى نص القانون الصريح القاضي بأن تكون الأحكام باطلة إذا لم تدون فيها الأسباب التي بنيت عليها ، ولا يمكن فهم النص وتطبيقه على اعتبار أن الشارع إنما يقف حرصه على مجرد تحبير الأوراق ، ووضع ألفاظ كيفما كان معناها بدون نظر في هل هي تصلح أسباباً أو لا تصلح ؟! .

وإذا كانت محكمة النقض وجدت لمنع المخالفات القانونية ، هذا صحيح لا يجادل فيه أحد ولكن المسألة المراد حلها هي هل إذا صدر حكم بالعقوبة وقرأت محكمة الموضوع الحكم وما أثبته من الوقائع ، وما دونه من الأسباب ، فكانت أمام الأنظار ، وكما عرضت، وبحكم العقل الإنساني إجماعاً لا تكون جناية ، وذلك من جهة الاستنتاج الواقعي الواضح ، ألا يكون توقيع العقوبة هنا مخالفاً للقانون ، بل هل لا يكون هذا الظلم الصارخ سبباً مباشراً لبطلان الحكم بدون لف ، ولا بحث ، ولا تدليل جديد ، ولا تغلب شعور قضاة النقض على شعور قضاة الموضوع ؟ .

هب أن حكماً صدر على خلاف كل ما جاء في التحقيقات ، وعلى خلاف شهادة الشهود المقررة في محضر الجلسة ، فهمها القاضي على عكس ما وردت ، فأرسل بالمتهم إلى الجحيم ، وكتب في حكمه ثبوت الجناية بشهادة نفس أولئك الشهود الذين نفوها، فهل القاضي هنا لم يخالف القانون مخالفة صريحة ظاهرة ، تجدها محكمة النقض مباشرة وبدون بحث ولا تنقيب ؟

---

(982) فهمي ، مرقس ، وجوه النقض المتصلة الموضوع (القاهرة ، مجلة المحاماة ، ديسمبر عام 1930م) ، ص213 ـ 230. ومشار إليه نصاً في ضوابط تسبيب الحكام لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص427 ـ 436 .

لهـذا يجـب علـى القاضـي أن يعـين الواقعـة ونـص القـانون وأن يسـتوفي الإجراءات وأن يكتب أسباباً لحكمه ، وهذه الأسباب في نظرنا أهم الأمور ، لأنها ترجمان ضمير القاضي وعقيدته ، لأن القاضي يؤدي واجباً مقدساً ، يتحرى فيه العدالة بقدر ما يستطيع الإنسان . فإذا كان حكمه في ظاهره وبمقتضى تدويناته نفسها دليلاً على أن ذلك الواجب لم يؤد ، فيجب عرض الدعوى على القضاء من جديد .

بناءً على هذا لا نتردد في القول أن مذهب رفض النقض لاتصال الوجوه المقدمة بالموضوع هو مذهب بعيد عن الفقه القانوني ، ولا يحقق شيئاً من الأغراض التي وضع نظام النقض من أجلها) .

رأي مساند لهذا الاتجاه :

يقول الدكتور رؤوف عبيد في هذا الموضوع أن خطة محكمة النقض في الرقابة على موضوع الدعوى معتدلة ولا يسع المنصف إلا تأييدها بغير تحفظ ، فلا يجوز بداهة أن تبنى الأحكام على أسباب لا تحملها وإلا لأصبح تسبيبها من أيسر الأمور ، ولو كانت بالإدانة لا البراءة .

هذا إلى أن التزام القاضي الجنائي ببناء حكم الإدانة على التثبت واليقين لا مجرد الظن أو الترجيح يستوجب مراقبة استنتاجه كافة النتائج من المقدمات .

إذ كيف يتسنى عن غير طريق مراقبة القاضي في استنتاجه أن نعرف ما إذا كان للدليل الباطل أثر فيه أم لا ؟ ومدى هذا الأثر ؟ سواء كان القاضي قد اعترف به اعترافاً صريحاً في أسباب حكمه، أم أنكره ، وقال أنه يؤسس قضاءه على ما عداه من أدلة على خلاف الواقع الذي تنطق به الأوراق ، وظروف الواقعة الثابتة ، مع أن المتأمل يلمس لأول وهلة ما في الحكم من شذوذ التخريج ، وأن ما اعتمده وجهاً للإدانة كان الأولى أن يثبت بالبراءة ، أو بالأقل يستثير الشك المستوجب لها .

بالإضافة إلى أن الرقابة على استنتاج الحكم كثيراً ما تكون هي الطريق الموصل لكشف ما شاب نفس إجراءات المحاكمة من بطلان أو إخلال بحق الدفاع ، لما تقتضيه هذه الرقابة من تغلغل في مراجعة إجراءات الحصول على الأدلة المختلفة والاستدلال بها. فهي بالتالي سبيل هام لمراجعة الحكم في صحة تطبيق القانون أو تأويله ، وضمان قوي لصحة تطبيق وجدية المراجعة ، وهذا كله من الناحية النظرية .

أما من الناحية العملية فالقول بأن الرقابة غير قانونية والتدليل على صحة الحكم لا محل له ومتعارض مع مبدأ قضاء القاضي باقتناعه ، فهو قول خطير لأنه تبين مراراً أن الأحكام بالإدانة كثيراً ما أسندت إلى أدلة باطلة أو وهمية لا أصل لها في الأوراق مطلقاً ، بأن أسندت إلى شهود أقوالاً لم تصدر عنهم ، أو إلى تقارير طبية عبارات غير واردة فيها، أو وارد فيها عكسها تماماً . بل استند أحدها إلى تقرير الخبير ، ولم يكن في الدعوى تقرير أصلاً ، فهل يتخذ القاضي من مبدأ قضائه بمحض وجدانه ذريعة يستتر بها تعجله في تكوين رأيه قبل الإلمام بوقائع الدعوى وأدلتها ، ناهيك بفساد منطقه فيها ، وانهيار دعائمه ؟! .

والخلاصة من ذلك أنه يجب إيراد الأدلة في أسباب الحكم ، فهو أمر لا غنى عنه حتى من وجهة فقهية بحتة[983].

الاتجاه الثاني : والذي لا ينادي بهذه الرقابة لأن ذلك يتعارض مع مبدأ حرية القاضي في تكوين اقتناعه الذاتي .

رأي علي زكي العرابي[984] :

الأدلة في المسائل الجنائية اقناعية ليست أدلة قانونية كما في المسائل المدنية والتي يتقيد فيها القاضي بالأدلة التي حددها القانون بمعنى أن القانون الجنائي ترك للقاضي حرية مطلقة في تكوين اقتناعه الذاتي والحكم ببراءة المتهم أو إدانته من غير أن تكون عليه أي رقابة من محكمة النقض ، ولذلك لم يوجب قانون تحقيق الجنايات أن يبين في حكمه الأدلة التي بني عليها . لأن هذه الأدلة مسائل موضوعية وتقديرها راجع لقاضي الموضوع وحده ، ليست لازمة لمحكمة النقض والإبرام في أداء وظيفتها ، وهي الهيمنة على تطبيق القانون ، وإنما أوجب قانون الجنايات على القاضي الجنائي أن يبين في حكم الإدانة التهمة نفسها التي ثبتت على المتهم، ونص القانون الذي طبقه وحكم بموجبه العقوبة ، لتتمكن محكمة النقض والإبرام من مراقبة صحة تطبيق القانون على الواقعة كما هي ثابتة في الحكم .

فإذا كانت الأدلة المقدمة قد أقنعت القاضي الذي قدمت إليه واعتبرها كافية في نظره لثبوت التهمة فلا محل للطعن بأن هذه الأدلة لا تقنع غيره إذا عرضت عليه الدعوى، ومثل هذا الطعن يكون وجيهاً أمام محكمة الاستئناف التي هي درجة ثانية لإعادة نظر الموضوع ، ولكنه لا يكون وجيهاً أمام محكمة النقض وهي لا علاقة لها بالموضوع. ووظيفتها قاصرة على مراقبة القانون .

ولذلك نجد أن القانون أوجب أن تؤخذ الواقعة " كما هي ثابتة في الحكم " قضية مسلمة والنظر فقط هل المحكمة طبقت عليها القانون تطبيقاً صحيحاً أم لا ؟ لذلك جاء في المادة 149 من قانون تحقيق الجنايات والمادة 310 من قانون الإجراءات الجنائية على ضرورة اشتمال الحكم فقط (على بيان الواقعة المستوجبة للحكم بالعقوبة وأن يشير إلى نص القانون الذي حكم بموجبه وإلا كان لاغياً) ، ثم جعل وظيفة محكمة النقض بمقتضى المادة 229 قاصرة على تطبيق القانون " على الواقعة كما صار إثباتها في الحكم " والتطابق ظاهر بين هاتين المادتين .

فما الفائدة من إلزام القاضي الذي يحكم في الدعوى ببيان الأدلة التي بنى عليها اعتقاده بثبوت التهمة لدرجة أنه إذا لم يبينها يكون حكمه باطلاً ؟ ولمن يبين هذه الأدلة إذا كانت محكمة النقض ليست لها حق نظرها وتقديرها ولا تدخل تحت رقابتها في حال من الأحوال .

والأسباب في المسائل الجنائية ليس معناها الأدلة وطرق الإقناع كما ذهبت إليه محكمة النقض في أحكامها . لأن هذا يتنافى مع مبدأ حرية القاضي الجنائي في

([983]) ضوابط تسبيب الأحكام لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص454 ـ 460 .

([984]) العرابي ، علي زكي، تسبيب الأحكام الجنائية (القاهرة ، مجلة القانون والاقتصاد ، مايو عام 1931م) ، ص392 ـ 409. ومشار إليه نصاً في ضوابط تسبيب الأحكام لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص436 ـ 442 .

تكوين اقتناعه ، وإنما معناها الأركان المكونة للجريمة قانوناً ، كما تقضي به المادة 149 من قانون تحقيق الجنايات . والمادة 310 من قانون الإجراءات الجنائية .

وخلاصة رأي الأستاذ علي زكي العرابي سوف نبينها من خلال النقاط التالية :

1- أن الأسباب لا يقصد بها الأدلة كما تعتبرها محكمة النقض وبعض الفقه ، ولكن الأسباب المقصود بها أركان الجريمة ، وقاضي الموضوع ليس خاضعاً في تقدير الأدلة لأحد ، لا للخصوم ولا للجمهور ولا لمحكمة النقض ، بل أن محكمة النقض بحسب الغرض من إنشائها وبحسب اختصاصها الذي خوله لها القانون ليس لها أي رقابة على قاضي الموضوع في تقدير الأدلة لإثبات الواقعة ، بل كل وظيفتها قاصرة على مراقبته في تطبيق القانون على الواقعة كما صار إثباتها في الحكم .

2- قول محكمة النقض أن الغرض من تسبيب الأحكام أن يعلم من له حق المراقبة على أحكام القضاة من الخصوم وجمهور ومحكمة نقض ما هي مسوغات الحكم ، وأن ذكر الأدلة في الحكم لإقناع من يطلع على الحكم بعدالته ، لما فيه من الفائدة فهو لا يكفي للأسباب التالية :

أ- بالنسبة للخصوم ، فكل منهم يعلم كل الحجج والأدلة التي قدمها خصمه في المرافعة فيستطيع أن يقدم طعنه من أي وجه يختاره .

ب- بالنسبة للجمهور ، فلا حاجة له لمعرفة أسباب معظم القضايا ، وقد يحسن أن المحكمة تبين الأدلة الصحيحة التي استندت عليها ، لا لتمكنه من مراقبتها ، لأنه ليس له رقابة عليها في ذلك ، بل لتنوره وتغذيه بالوقائع الصحيحة التي يتطلع إلى معرفتها ، وهذه خدمة من المحكمة للجمهور لا واجب عليها .

ج- بالنسبة للقاضي نفسه ، فقد يخرج من مجموع القضية بشعور عميق في نفسه بثبوت التهمة أو عدم ثبوتها ، ويكون من الصعب تفسيره في الحكم ، فليس كل القضاة عندهم من البلاغة وقوة التعبير ما يجعلهم يصورون شعورهم بعبارات تقنع القارئ وتبعث في نفسه ذات الأثر الذي في نفوسهم .

د- أن في إيراد القضاة للأدلة تكليفهم بلزوم ما لا يلزم مما يقتضي مضاعفة أعمالهم بغير ضرورة ، وصرف أوقاتهم في تحرير أسباب الحكم بعد صدوره، وهم لو صرفوا هذه الأوقات في نظر قضايا أخرى لقطعوا الكثير منها ، لأنهم يدرسون القضية مرتين ، مرة قبل نظر الدعوى لسماع المرافعة وإصدار الحكم ومرة بعد الحكم لتحريره .

3- قد تكون الأسباب نفسها هي علة نقض الحكم ، لأنها تعرضه للجدل والنقد أمام محكمة النقض ، مع أنها لم توضع إلا بعد صدوره ، وربما لم تخطر على بال القاضي إلا وقت كتابتها ، وتكون الدعوى في الواقع نظرت واستوفيت إجراءاتها طبقاً للقانون ولم يشعر الخصوم فيها بما يوجب الشكوى ، ولكنهم ينتظرون الإطلاع على ما أورده الحكم من الأدلة والحجج ليثيرون حوله الجدل والمناقشات المنطقية ليتصيدوا منها وجهاً للنقض ، وقد ينقض الحكم فعلاً بسبب ذلك ويعاد نظر

الدعوى . ويكون السبب الحقيقي ليس تقصير القاضي في نظر الدعوى أو في إصدار الحكم ، بل أنه لم يحسن تحرير الحكم ، وربما لو حرره قاضياً آخر لما كان هناك محلاً للنقض .

4- أن القانون لم يوجب ذكر الأدلة في الحكم بأي نص ، وعدم بيانها لا يبطله قانوناً .

آراء مساندة لهذا الاتجاه :

ذهب الفقيه الفرنسي جارو إلى القول " كيف يمكن التوفيق بين واجب تسبيب الأحكام وحرية القاضي في تقدير الأدلة ؟ " .

إن الشارع لم ينظم أبداً ، وما كان له أن ينظم تسبيب الأحكام القضائية ، فيجب إذاً لأجل أن يسبب القاضي حكمه أن يثبت من حيث الوقائع وجود جميع الظروف اللازمة لتكوين الجريمة ، ومن حيث القانون أن يصف هذه الظروف من جهة القانون الذي يطبقه عليها ، وهذه هي الأسباب اللازمة ، ولكن هل يلتزم القاضي بأن يبين تفصيلاً وتحليلاً عناصر الإثبات التي سمحت له بتكوين اعتقاده ؟ إن القضاء لم يفرض أبداً هذا الواجب على المحاكم ، هذا في الجنح والمخالفات . أما في الجنايات فإنها تعرض على محاكم تقوم على نظام المحلفين ، وهؤلاء دليلهم واحد هو الدليل الإقناعي ، فليس هناك طريقان للحقيقة ، طريق للمحلفين وطريق للقضاة ، والقضاة يقومون بوظيفة المحلفين كلما كان عليهم أن يفصلوا في الوقائع من الوجهة الموضوعية والأدبية[985].

وذهب البعض[986] إلى القول بأن القاضي عندما يكون اقتناعه بكامل حريته فإن هذا الاقتناع يكون له السيادة التامة ، بمعنى أن القاضي لا يكون ملزماً بتسبيب اقتناعه بصدق دليل وبيان العناصر التي كونت هذا الاقتناع ، ولا يخضع لرقابة محكمة النقض ، بل يكون خاضعاً لرقابة ضميره فقط .

إلا أنه أشار إلى أن محكمة النقض يمكنها عن طريق مراقبتها لصحة أسباب الحكم، أن تراقب اتفاق اقتناع القاضي مع العقل والمنطق .

وذهب البعض إلى القول بأنه لا شأن لمحكمة النقض بالوقائع من حيث فهمها وتقدير أدلتها ، فهو أمر تستقل به محكمة الموضوع ، بل عليها أن تأخذ بالوقائع كما أثبتها قاضي الموضوع ، فليس مهمة محكمة النقض أن تبحث عن أدلة جديدة قد تكون الدعوى في حاجة إليها ما دامت لم تثبت عند قاضي الموضوع ، وكذلك لا يمكنها أن تقوم بمهمة المقارنة أو الترجيح بين الأدلة التي عرضها الخصوم على محكمة الموضوع . فلقاضي الموضوع السلطة التامة في تقدير الدليل المقدم إليه ، ولا يستثنى من سلطة قاضي الموضوع التامة في بحث الوقائع وتقدير أدلتها إلا صورة واحدة هي أن يثبت القاضي دليلاً وهمياً لا وجود له بالواقعة ، أو يكون موجوداً ولكنه متناقض أو يستحيل عقلاً استخلاص الواقعة منه[987].

([985]) مشار إليه في ضوابط تسبيب الأحكام لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص420 ـ 421 .

([986]) حرية القاضي الجنائي في الاقتناع لسامي الملا ، المرجع السابق ، ص151 .

([987]) ربيع ، محمد أحمد ، الأساليب المقبولة أمام محكمة النقض (مجلة إدارة قضايا الحكومة ، عدد1 ، السنة 7 ، يناير 1963م)، ص24 .

وذهب البعض إلى القول أنه وإن كان لمحكمة النقض حق الرقابة إلا أنه لا رقابة لها على وزن الأدلة وتقدير قيمتها وترجيح بعضها على بعض ، ولكنها تتأكد من أن الحكم بني على أدلة قانونية قائمة ، وليس هذا تعرضاً للموضوع بل أن هذا متعلق بصميم تطبيق القانون من حيث صحة وسلامة الحكم[988].

بقي أن نشيد بقول البعض أن محكمة النقض لا تستطيع أن تباشر رقابتها على الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي إلا من خلال الوظيفة التأديبية .

ومضمون هذه الوظيفة إخضاع الحكم برمته لتقدير قضاة النقض ، سواء ما تعلق منه بالقانون أو ما تعلق بالواقع ، فإن توافق تقدير قضاة النقض مع قضاة الموضوع أبرم الحكم ، أما إذا اختلف بينهما التقدير نقض الحكم ، ولو كانت أسباب نقضه راجعة إلى منطقة اقتناع القاضي التي يسلم له القانون بكامل الحرية في تكوينه . فمهمة محكمة النقض هي مهمة قانونية إلا أنها وإن كانت هي المهمة الأساسية أو الأصلية أو الرئيسية التي من أجلها أنشئت محكمة النقض ، وعلى أساسها ينبغي أن تتحدد رقابتها ومن ثم قيودها ، إلا أنها ليست المهمة الوحيدة ، لأن عليها كذلك أن ترفع كل خطأ منطقي أو ظلم يقع من قضاة الموضوع ما دام اختصاصها بنظر الطعن قد انعقد قانوناً[989].

وما يلاحظ على هذا القول أن اختصاص محكمة النقض انعقد قانوناً بنظر الطعن في صحة تطبيق القانون ، وليس في تقدير الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي ، وإذا كان يحق لمحكمة النقض القيام بهذا الدور لأصبحت محكمة استئنافية عليا ، وليست نقض للأحكام المخالفة للقانون .

رأينا في الرقابة على الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي :

مع احترامنا وتقديرنا لجميع من سبقونا في تقديم آرائهم في أي من الاتجاهين إلا أننا لا نؤيد الذي اتجه إلى الرقابة على الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي .

فكيف يرسم القانون الإجراءات الجنائية ويعطي القاضي بنصوص مواده الحرية الكاملة في تكوين عقيدته ، ثم يتدخل في هذه العقيدة ويراقبه عليها ؟ فما الذي يمنع المشرع من إضافة هذه الرقابة في القانون إذا كان مقتنعاً بذلك ؟

ويتساءل البعض ما إذا كانت التعليلات القضائية التي تصدر من محكمة النقض تعتبر قانوناً يضاف إلى القوانين الأخرى ، فيلزم التقيد بما جاء بها أم لا ؟

فإذا كانت الإجابة بأنها لا تعتبر قانوناً وإنما هي ترشد القضاة إلى ما وقعوا فيه من أخطاء وما ينبغي على غيرهم من التنبه له وتداركه ، فلا مجال إذاً للقول بالرقابة على اقتناع القاضي الجنائي ، لأن القانون لم ينص على ذلك وإنما نص على أن للقاضي أن يكون عقيدته بكامل حريته ولا رقابة لأحد عليه في ذلك غير ضميره ووجدانه ، وهدف القانون هو تطبيقه تطبيقاً صارماً من غير زيادة أو نقصان .

---

(988) القللي ، محمد مصطفى ، أصول قانون تحقيق الجنايات (مصر ، مطبعة مصطفى الحلبي ، ط2 ، 1945م) ص498 .

(989) الإثبات في المواد الجنائية لأبو عامر ، المرجع السابق ، ص149 ، ص169 . وكتابه الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق، ص929 ـ 930 .

أما إذا كانت الإجابة بأنها تعتبر بمثابة القانون الذي يسير عليه القاضي الجنائي إضافة إلى القوانين الأخرى ، فإن هذا القول لا ينهض بحمله وذلك من وجهين :

الوجه الأول :

أنه لا يتصور العقل وجود قانونين في هذا المجال وبنفس هذه الصفة ، وذلك لما يحملانه من التناقض فيما بينهما فتجد أحدهما يعطي القاضي حرية تكوين عقيدته والآخر يقيد هذه الحرية ، وذلك من خلال الرقابة عليه في تكوين عقيدته .

وقد يقول أحد أنها مكملة لبعضها البعض ، وليس فيما بينها تعارض ولا تناقض . فالإجابة على ذلك أنه مع التسليم بأن أكثر التعليلات القضائية التي تصدرها محكمة النقض تمثل تفسيراً وإرشاداً لقضاة الموضوع ، ولا تتعارض مع نصوص القانون إلا أنه ليست كلها تشير إلى ذلك . فمنها ما يفيد بتعارضها مع القانون ومثال ذلك :

قضاء محكمة النقض المصرية في قضاء مستقر لها من أن حرية القاضي الجنائي في الاقتناع هي أمر موضوعي يدخل في نطاق السلطان النهائي لقاضي الموضوع على نحو يفلت به من رقابة محكمة النقض[990].

وكذلك اشترطت أن يشتمل حكم القاضي على ما يفيد أنه فحص الدعوى ، وأحاط بظروفها وأدلتها التي قام الاتهام عليها عن بصر وبصيرة ، وأنه متى أفصح عن الأسباب التي من أجلها أخذ بالدليل أو طرحه فإنه يلزم أن يكون ما أورده واستدل به مؤدياً لما رتب عليه من نتائج من غير عسف في الاستنتاج ولا تنافر في حكم العقل والمنطق ، ويكون لمحكمة النقض مراقبته في ذلك[991].

وكذلك اشترطت أن الحكم بالإدانة يجب أن يبين مضمون كل دليل من أدلة الثبوت ويذكر مؤداه حتى يتضح وجه استدلاله به ، لكي يتسنى لمحكمة النقض مراقبة تطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً على الواقعة ، كما صار إثباتها في الحكم[992].

الوجه الثاني :

إذا كان القاضي الجنائي لابد وأن يلتزم بهذين القانونين معاً فإنه وإن كان ملتزماً بالأول بحكم إلمامه بكل ما يحتويه هذا القانون لأنه مجموع بين يديه ويرجع إليه متى أراد ذلك . أما الثاني فكيف يستطيع القاضي الإلمام به وهو غير المدون ولا يستطيع تجميعه وإن كانت الجهود المبذولة كبيرة جداً في جمع الأحكام القضائية لمحاكم النقض وتدوينها بحيث يعتبر مرجعاً ، إلا أنها ومع مرور الوقت تتزايد يوماً بعد يوم ، وبالتالي ليس في طاقة أي قاضي متابعة كل هذه الأحكام .

([990]) قضاء مستقر في 6 يناير عام 1980م أحكام النقض ، س31 ، ص44 الإثبات في المواد الجنائية لأبو عامر ، المرجع السابق ، ص148 .

([991]) نقض 3 فبراير 1975م ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، س26 ق25 . ص108 . نقض 18 مارس 1979م أحكام النقض، س30 ، ق75 ، ص366 . الإثبات في المواد الجنائية لأبو عامر ، المرجع السابق ، ص155 .

([992]) نقض 25 أبريل 1976م مجموع أحكام محكمة النقض ، س27 ، ق19 ، ص456 الإثبات في المواد الجنائية لأبو عامر ، المرجع السابق ، ص162 .

إضافة إلى ذلك كله أنه اختلط على الكثير من الباحثين في القانون هل الأسباب هي الأدلة ؟ أم أن الأسباب شيء والأدلة شيء آخر ؟

يتضح أن الذين يعتبرون الأسباب هي الأدلة يتجهون إلى القول بأنه يجب على القاضي إيراد الأدلة بالتفصيل في حكمه . وبالتالي تتم مراقبة اقتناع القاضي الذاتي من خلال هذه الأدلة . والصحيح أن الأسباب غير الأدلة ، فالأدلة المعتبرة هي الاعتراف والشهادة والكتابة والقرائن واليمين وتقدير الخبير والشهادة على الشهادة ، وندب القاضي فيكون منها أدلة مباشرة وأدلة غير مباشرة[993].

أما الأسباب فتعني بيان أركان الجريمة وظروفها القانونية والنص المنطبق عليها . ومع ذلك فإنه وإن أضاف القاضي في حكمه علاوة على الأسباب الأدلة التي استند إليها بإيراد غير مفصل وبإيجاز بقدر الإمكان ليريح بذلك من يتطلع إلى سماع أدلة الواقعة المحكوم بها فيعتبر تفضلاً من القاضي ، مع ملاحظة أن المحكوم ضده في حين لم يستطع تقديم دفاعاً أثناء إجراءات المحاكمة سوف يتطلع إلى أي سبب استند إليه القاضي في الحكم ليقدم طعنه ، ولو كان لا يمس عقيدة القاضي بصلة ، بل بسبب علة تحرير الحكم وتسطيره لأنه وكما قلنا تختلف دقة التعبير من قاضٍ إلى آخر .

وصحيح أن عمل القاضي مركب من القانون والوقائع ولكن ما يطالب به القاضي دائماً هو نص القانون وليس نص الواقع .

فنص الواقع خاضع لتقدير القاضي وتكوينه لاقتناعه الذاتي وليس بمقدورنا الاطلاع عما يعتري القاضي من شعور حتى نتحكم به ، وإذا سلمنا بهذا التحكم ، وأن شعور القاضي واقتناعه الذاتي محل رقابة محكمة النقض من خلال إلزامه بذكر أسباب اقتناعه الذاتي ، فهذا يقودنا إلى تدخل علم النفس والسلوك في ترجمان هذه الرقابة وكيفيتها ومداها ، مع أننا نرى أنه يفترض أساساً في القاضي إلمامه ولو بجزء بسيط من هذا العلم، لأن ذلك يتدخل في عمله ، والمتعلق في تعامله مع نفسية المتهم وظروفه إضافة إلى عوامل نفسية أخرى تؤثر في كل أطراف الدعوى من قاضي ومدعي ومدعى عليه وشاهد وكاتب الضبط .

وصحيح كذلك أنك لا تجعل للقانون حكماً وللواقعة حكماً ، كما ذهب البعض[994]. ولكنك تجعل للقانون المنطبق على الواقعة حكماً ، فليس للواقعة حكماً بدون قانون ، وإنما الواقعة تابعة للقانون ، ولذلك افترض أن يكون القانون شاملاً لأي واقعة محتملة ، حتى يتسنى تطبيقه عليها .

وذكر الأدلة بتفصيلاتها في الحكم ، فهي بحق عبء إضافي على القضاة بغير ضرورة ومدعاة لصرف أوقاتهم في تحرير أسباب الحكم بعد صدوره ، مع أنهم متقلون بالأعمال لكثرة القضايا وغير قادرين على إنجازها كلها ، لأنها متراكمة ومتأخرة فعلاً[995].

([993]) راجع الفصل الثاني من هذه الدراسة .

([994]) وجوه النقض المتصلة بالموضوع ، لمرقس فهمي ، المرجع السابق ، ص228 .

([995]) تسبيب الأحكام الجنائية لعلي زكي العربي ، المرجع السابق ، ص408 .

بالإضافة إلى أن من المتهمين والمحبوسين احتياطياً على ذمة التحقيق ما يبعث إلى عدم تأخيرهم وتركهم يقبعون في السجون دون البت في إدانتهم أو براءتهم وإطلاق سراحهم .

أما قول البعض بأنه ما كان للعدالة أن تضحي على مذبح راحة القاضي الشخصية، أو سرعة الفصل في القضايا ، وأن القاضي العادل يفضل أن يضحي براحته الخاصة في سبيل راحة ضميره وإرضاء شعور العدل الكامن في نفسه ، ومشكلة تراكم القضايا فإن علاجها الحقيقي في ازدياد عدد القضاة والدوائر وحسن تنظيم وسائل الضبط القضائي والفني[996].

فالرد على ذلك بأنه مع التسليم بأن القاضي العادل يفضل أن يضحي براحته الخاصة في سبيل راحة ضميره ، وإرضاء شعور العدل الكامن في نفسه ، إلا أنه لا يلزم أن يصرف القاضي بعض وقته فيما ليس من صميم عمله القضائي في التحقيق ، فالقاضي حين يصرف وقته في تحرير أسباب الحكم واضعاً في اعتباره مراقبة محكمة النقض على هذه الأسباب ، لا شك أن في ذلك حمل ثقيل علاوة على صميم عمله القضائي (التحقيق) لأنه حينما يقتنع وجدانه بإدانة المتهم أو براءته فتسطيره لهذا الاقتناع قد لا يقنع محكمة النقض . ومن المعلوم أن تسطير الشعور يختلف من قاضي إلى آخر ، فليس من المعقول أن ينقض الحكم بسبب هذا التسطير ، وليس بسبب حقيقي في الحكم يحمل على نقضه قانوناً .

أما القول بأن العلاج الحقيقي هو بزيادة أعداد القضاة ، فإنه وبحق علاج ناجح عند توفر القضاة القادرين على تحمل أعباء القضاء ، ولكن زيادة أعداد القضاة ليس سهلاً كسهولة وضع عدد من الدوائر الشرعية وتنظيم وسائل الضبط القضائي والفني .

فمنزلة القضاء منزلة عظيمة جداً ولا تتأتى لأي شخص ، ولذلك نجد التشدد في وضع الشروط اللازم توفرها عند تعيين القضاة . وتجد كذلك الحصانة التي يتمتع بها القضاة لا تتوفر لغيرهم ، وذلك لأن القاضي ينوب عن الخليفة في إقامة العدل ، وهذا يقودنا إلى القول بأنه ليس من السهولة بمكان زيادة أعداد القضاة متى أردنا ذلك ، وليس ذلك تشاؤماً أو عدم تفاؤل بوجود من لديه القدرة بتحمل أعباء القضاة . ولكننا نرى أن البحث عن القضاة الأكفاء لا يسلم من صعوبة التنقيب والدقة والبحث في تنصيب ما يكون أهلاً للقضاء .

ولذلك يجب إعادة النظر في ذلك خاصة وأن الذي يذهب إلى زيادة أعداد القضاة يشير في موضع آخر إلى أنه كثيراً من أحكام الإدانة قامت على أدلة باطلة أو وهمية لا أصل لها في الأوراق مطلقاً ، أو استندت إلى أقوال شهود لم تصدر منهم ، أو إلى تقارير طبية ، ولم يكن في الدعوى تقارير طبية أصلاً[997].

فإذا كانت الأحكام بهذه الدرجة من الخطورة فما المانع من عدم إضافة النصوص المشددة في ذلك إلى القانون ، إذا كان المشرع مقتنعاً بذلك ؟

([996]) ضوابط تسبيب الأحكام لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص457 .

([997]) ضوابط تسبيب الأحكام لرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص456 .

أما الوضع الطبيعي هو إعطاء القاضي الثقة التامة ليكون اقتناعه الذاتي في تقدير ووزن الأدلة المقدمة في الدعوى دون رقابة عليه من أحد غير ضميره ووجدانه .

الخاتمة

وفي نهاية هذه الدراسة نستطيع أن نستخلص منها النتائج التالية :

1- اهتمام الشريعة الإسلامية ثم القوانين الوضعية بوظيفة القضاء والعناية بها ، وإعطاء القاضي الجنائي حرية واسعة لتكوين اقتناعه الذاتي في القضايا الجنائية لا يعادله فيها القاضي المدني .

2- سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية في إعطاء القاضي الجنائي الحرية في تكوين اقتناعه الذاتي وتقديره لأدلة الإثبات والتي لم تعرفها القوانين الوضعية ولم تعطي القاضي الجنائي هذه الحرية إلا من وقت قريب قياساً بالشريعة التي أقرت ذلك قبل أكثر من أربعة عشر قرناً من الزمان ، ولذلك فموضوع هذه الدراسة ليس حديثاً على الشريعة الإسلامية ، كما هو على القوانين الوضعية .

3- ترجيح الخلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في المراد أو المقصود من معنى البينة والتي يترتب على معناها حصر طرق الإثبات أو إطلاقها ، وأن إطلاق لفظ البينة على الحجة والدليل على وجه العموم هو الذي يتفق مع ما قصده الشارع من توطيد دعائم العدل والأمن وحفظ الحقوق وردها إلى أصحابها .

4- ترجيح الخلاف بين علماء القانون في الرقابة على الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي، وذلك بأن الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي غير خاضع لأية رقابة غير ضمير ووجدان القاضي ، وأن الرقابة تكمن في بناء الحكم الجنائي على بيان الواقعة الإجرامية وأركان الجريمة والنص القانوني المنطبق عليها . أما ذكر الأدلة وتفصيلاتها ومضمون كل دليل فإنه لا ينبغي للمحكمة العليا الرقابة في ذلك على القاضي الجنائي ، مع ملاحظة أننا أشرنا إلى أن للقاضي أن يذكر الأدلة بصورة مختصرة وموجزة تكرماً دون واجباً عليه .

5- أن الحقيقة القضائية قد لا تطابق الحقيقة الفعلية المطلقة ، فالقاضي الجنائي يحكم بالظاهر والله أعلم بالسرائر .

6- في مجال التطبيق في المملكة العربية السعودية عدم تقييد القاضي الجنائي بمذهب معين وإن كان المتبع هو مذهب الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله تعالى ، ولكن للقاضي الحرية في أن يحكم باقتناعه الذاتي ، والخروج عن هذا المذهب إلى المذاهب الأخرى متى اقتنع بأن الحكم بذلك أصوب وأصلح للفرد والمجتمع . ويتضح ذلك من استشهاد القضاة في المملكة العربية السعودية في بعض القضايا بآراء المذاهب الأخرى والاستناد عليها في بناء الأحكام الجنائية . كذلك لوحظ اهتمام القضاة بقناعة الخصوم ، فنجد أكثر القضايا تتضمن نهاية أحكامها بلفظ (وقنعا به) أو (وقنع الجميع بهذا الحكم) أي الخصوم والقضاة . أو (بعرضه عليه قرر القناعة) أي على المحكوم عليه ، أو (وبعرضه على الطرفين قررا القناعة) أي بعرض الحكم على طرفي الخصومة .

7- أن أغلب القواعد القانونية والتي تزخر بها نصوص القوانين الوضعية إنما هي مستقاة من الشريعة الإسلامية ، والتي عرفت قواعد فقهية كبرى صالحة لكل زمان ومكان ، ومحل تطبيق في المجال الجنائي والتي ذكرنا منها قاعدة درء الحدود بالشبهات والشك يفسر لصالح المتهم ، والأصل في الإنسان البراءة ، والمتهم بريء حتى تثبت إدانته ، واليقين لا يزول بالشك ، واليقين لا يزول لا بيقين وغيرها من القواعد التي عرفتها الشريعة الإسلامية وطبقتها منذ بزوغ فجر الإسلام

التوصيات :

1- حث الباحثين في مجال العدالة الجنائية على عمل مزيداً من البحوث الأكاديمية من أجل وضع نظرية عامة للاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي في الشريعة الإسلامية وذلك في مجال عقوبات الحدود أو القصاص أو التعازير .
2- حث الباحثين في مجال العدالة الجنائية على عمل مزيداً من البحوث الأكاديمية وذلك في إيضاح الفروق بين الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي في كل من الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية .
3- حث الجهات ذات العلاقة بالمملكة العربية السعودية ، وذلك بجمع الأحكام القضائية وترتيبها في موسوعة قضائية جامعة بحيث تكون مرجعاً هاماً لكثير من القضاة والباحثين وجميع العاملين في المجالات الجنائية .
4- حث الباحثين لمزيد من التأمل وإدراك مكامن ومميزات الشريعة الإسلامية ومرونتها وسموها وإظهار ما تتمتع به شريعتنا الغراء من مكامن قوة وصلاحية لم ولن ترقى إليها القوانين الوضعية مهما تقدمت بها الحضارات والتقنيات الحديثة .

وفي خاتمة هذه الدراسة لا يسعني إلا أن أشكر الله عز وجل أولاً وآخراً على أن يسر لي إتمامه على الوجه الذي يرضيه عني ، وأن يجعل فيه فائدة للباحثين والعاملين في مجال العدالة الجنائية ، ولكل من يطلع عليه ، وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم ، كما أسأله جل وعلا أن يتجاوز عما فيه من خطأ أو تقصير أو غفلة . ((لا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا))[998] ((رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالْأِيمَانِ وَلا تَجْعَلْ فِي قُلُوبِنَا غِلّاً لِلَّذِينَ آمَنُوا رَبَّنَا إِنَّكَ رَؤُوفٌ رَحِيم))[999].

وأخيراً لا أزعم الكمال فيما كتبت ، فالكمال لله وحده . وما أحسن ما قاله الأصفهاني رحمه الله تعالى : إني رأيت أنه لا يكتب إنساناً كتاباً في يَومِه إلا قال في غده: لو غير هذا لكان أحسن ، ولو زِيدَ كذا ، لكان يُسْتَحْسَن ، ولو قُدِّمَ هذا لكان أفضل ، ولو تُرِكَ هذا لكان أَجْمَل ، وهذا من أعظم العِبَر ، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين ، وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

([998]) سورة البقرة ، آية 286 .

([999]) سورة الحشر ، آية 10 .

المصادر والمراجع

أولاً : كتب علوم القرآن

1- تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان لعبد الرحمن بن ناصر السعدي (بيروت، مؤسسة الرسالة ، ط2 ، 1417هـ - 1997م) .

2- الجامع لأحكام القرآن لأبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي (دار المكاتب العربية للطباعة والنشر ، ط2 ، 1387هـ - 1967م).

3- المفردات في غريب القرآن لأبي القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني (تحقيق محمد سيد كيلاني، بيروت، طبعة دار المعرفة ، بدون تاريخ نشر).

ثانياً : كتب الحديث

4- تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي لأبي العلا محمد بن عبد الرحمن المباركفوري (بيروت ، دار الكتب العلمية، ط1 ، 1410هـ - 1990م) .

5- سنن أبي داود لسليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي المتوفى سنة 275هـ (تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر ، بدون سنة نشر) .

6- سنن ابن ماجة لمحمد بن يزيد القزويني ، توفي عام 273هـ (تحقيق وتعليق محمد فؤاد عبد الباقي ، طبعة دار الكتب ، بدون تاريخ نشر) .

7- سنن ابن ماجه لمحمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني المتوفى سنة 275هـ (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، بيروت ، دار الفكر ، بدون سنة نشر) .

8- سنن الترمذي لمحمد بن عيسى الترمذي السلمي المتوفى سنة 279هـ (تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون ، بيروت ، دار إحياء التراث ، بدون سنة نشر) .

9- السنن الكبرى البيهقي (بيروت ، دار المعرفة ، بدون تاريخ) .

10- سنن النسائي لأبو عبد الرحمن النسائي (القاهرة ، مصطفى الحلبي، ط1، 1994م).

11- شرح موطأ الإمام مالك لأبي الوليد الباهي (مطبعة السعادة، ط1، 1332هـ) .

12- صحيح مسلم بشرح النووي لأبو زكريا يحيى بن شرف النووي (مكتبة أبو بكر الصديق) .
13- فتح الباري بشرح صحيح البخاري للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (شرح وتصحيح وتحقيق محب الدين الخطيب ، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه محمد فؤاد عبد الباقي ، راجعه قصي محب الدين الخطيب ، القاهرة ، دار الريان للتراث ، ط1، 1407 ـ 1986م) .
14- مسند الإمام أحمد بن حنبل لأحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني المتوفى سنة 164هـ (القاهرة ، مؤسسة قرطبة ، بدون سنة نشر) .
15- مصنف ابن أبي شيبة لأبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي المتوفى سنة 235هـ (تحقيق كمال يوسف الحوت ، الرياض ، مكتبة الرشد ، ط1 ، 1409هـ).
16- نيل الأوطار وشرح منتقى الأخبار ، للإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني (ضبط وتحقيق كمال الجمل وآخرون ، مكتبة الإيمان ، ط1 ، 1420هـ ـ 2000م) .

ثالثاً : كتب المذاهب

أ- الحنفية :

17- الأشباه والنظائر لزين العابدين بن إبراهيم ابن نجيم (تحقيق عادل سعد ، المكتبة التوفيقية ، بدون تاريخ نشر) .
18- البحر الرائق لزين بن إبراهيم بن محمد بن محمد بن بكر المتوفي سنة 970هـ (بيروت ، دار المعرفة ، بدون سنة نشر) .
19- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ، المتوفى عام 578هـ (بيروت ، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، ط3 ، 1421هـ ـ 2000م) .
20- بدائع الصنائع لعلاء الدين الكاساني المتوفى سنة 587هـ (بيروت ، دار الكتاب العربي ، ط2 ، 1982م) .
21- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي (بيروت طبعة دار المعرفة ، بدون تاريخ نشر) .
22- حاشية ابن عابدين لمحمد أمين (بيروت ، دار الفكر ، ط2 ، 1386هـ) .
23- شرح فتح القدير لمحمد بن عبد الواحد السيواسي المتوفي سنة 681هـ (بيروت ، دار الفكر ، ط2 ، بدون سنة نشر) .

24- المبسوط لأبي محمد بن أبي سهل السرخسي ، المتوفى عام 490هـ (مطبعة السعادة ، ط1 ، عام 1324هـ) .
25- المبسوط لمحمد بن أبي سهل السرخسي (بيروت ، دار المعرفة ، 1406هـ) .
26- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام لعلي بن خليل الطرابلسي (مطبعة مصطفى البابلي الحلبي ، ط2 ، 1393هـ ـ 1973م).

ب- المالكية :

27- بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، لمحمد بن أحمد ابن رشد ، (مطبعة الحلبي ، عام 1379هـ ـ 1960م) .
28- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد المتوفي سنة 684هـ (مطبعة الحلبي ، 1379هـ ـ 1960م) .
29- التاج والإكليل لمحمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري المتوفي سنة 897هـ (بيروت، دار الفكر ، ط2، 1398هـ) .
30- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام للقاضي برهان الدين إبراهيم أبي الوفاء ابن فرحون (مطبعة مصطفى الحلبي ، 1378هـ - 1958م) .
31- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير لمحمد بن أحمد عرفه الدسوقي (بيروت، طبعة دار الفكر ، بدون. تاريخ نشر) .

ج- الشافعية :

32- الأحكام السلطانية والولايات الدينية لأبو الحسن علي بن محمد الماوردي (بيروت، دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1405هـ ـ 1985م) .
33- إحياء علوم الدين لأبي حامد بن محمد الغزالي ، المتوفي سنة 505هـ ، (القاهرة، الناشر محمد علي صبيح ، 1958م) ج2 .
34- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع لمحمد الشربيني الخطيب (مصر ، دار إحياء الكتب العربية لعيسى البابي الحلبي ، 1940م) .
35- الحاوي الكبير للإمام علي بن محمد بن حبيب الماوردي (بيروت ، دار الفكر ، ط1، 1414هـ ـ 1992م) .

36- روضة الطالبين للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي (بيروت ، دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1412هـ ـ 1992م) .
37- كتاب أدب القضاء للقاضي شهاب الدين أبي إسحاق إبراهيم بن عبد الله الهمـداني الحمـودي المعروف بابن أبي الدم الشافعي (تحقيق ودراسة الدكتور محيي هـلال السـرحان، الجمهوريـة العراقية، وزارة الأوقاف والشئون الدينية ، إحياء التراث الإسلامي ، الكتاب الثاني والسـتون ، بغداد، مطبعة الإرشاد ، ط1 ، 1404هـ ـ 1984م) .
38- مغني المحتاج لمحمد الخطيب الشربيني (بيروت ، دار الفكر ، بدون سنة نشر) .
39- مقصد النبيه شرح خطبة التنبيه لمحيي الدين يحيى بن شرف النووي المتوفي سنة 676هـ (مصر ، مطبعة التقدم العالمية ، ط2 ، بدون سنة نشر) .
40- المهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي (دار الفكر 1414هـ ـ 1994م) .
41- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد الرملي الشهير بالشـافعي الصغير ، المتوفى عام 1004 هـ (مطبعة مصطفى الحلبي ، عام 1389هـ) .

د- الحنابلة :

42- الأحكام السلطانية لأبو يعلي محمد بن الحسين الفراء الحنبلي (بيروت ، دار الكتب العلميـة ، 1403هـ ـ 1983م) .
43- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف لأبي الحسن علي بن سليمان المرداوي (بدون تاريخ نشر) .
44- اعلام الموقعين عن رب العالمين لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بـابن قـيم الجوزيه المتوفى عام 751هـ (مراجعة وتعليق طه عبد الرؤوف سعد ، دار الجيل ، عام 1973م) .
45- الروض المربع شرح زاد المستقنع لمنصور بن يونس البهوتي (أخرج أحاديثه : عبد الرحمن بـن ناصر السعدي، بيروت، مؤسسة الرسالة، الرياض، دار المؤيد، ط1).
46- زاد المستقنع لموسى بن أحمد بن سالم المقدسي الحنبلي المتوفي سنة 690هـ (تحقيق علي محمـد عبد العزيز الهندي ، مكة المكرمة ، النهضة الحديثة ، بدون سنة نشر) .
47- زاد المعاد في هدي خير العباد لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزيـه (حققـه وخرجه وعلق عليه شعيب وعبد القادر الأرناؤوط ، بيروت ، مؤسسة الرسالة، الكويت ، مكتبة المنار الإسلامية ، ط23 ، 1409هـ ـ 1989م) .

48- الشرح الكبير على مختصر خليل لأبي بركات أحمد الدردير (المطبعة العامرة ، عام 1292هـ) .
49- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن قيم الجوزيه (1415هـ ـ 1995م).
50- الفروق لأبي العباس أحمد بن إدريس القرافي (مطبعة دار إحياء الكتب ، ط1 ، 134هـ).
51- فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام لأبو الوليد سليمان بن خلف الأندلسي الباجي (تحقيق محمد أبو الأجفان ، تونس ، الدار العربية للكتاب، 1985م) .
52- كشاف القناع عن متن الإقناع لمنصور بن يونس البهوتي (مطبعة النصر الحديثة، 1403هـ) .
53- كشاف القناع لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي (تحقيق هلال مصطفى هلال ، بيروت ، دار الفكر ، 1402هـ) .
54- المبدع لإبراهيم بن محد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي المتوفى سنة 884هـ (بيروت، المكتب الإسلامي ، 1400هـ) .
55- المغني لأبي محمد بن عبدالله أحمد ابن قدامه المتوفى سنة 620هـ (المطبعة السلفية، 1374هـ).
56- منار السبيل في شرح الدليل لإبراهيم بن محمد بن ضويان (الرياض ، مكتبة المعارف ، ط2 ، 1405هـ - 1982م) الجزء الأول والثاني .
57- منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات للإمام تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي ، (تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي ، بيروت ، مؤسسة الرسالة، ط1 ، 1419هـ ـ 1999م) .
58- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، لأبي عبد الله محمد بن محمد ابن عبد الرحمن المعروف بالخطاب (دار الفكر ، ط 2 ، 1398هـ ـ 1978م) .
59- مواهب الجليل لمحمد بن عبد الرحمن المغربي المتوفى سنة 954هـ (بيروت، دار الفكر ، ط2 ، 1398هـ) .

هـ - الظاهرية :

60- الأحكام في أصول الأحكام لأبي محمد علي بن سعيد ابن حزم (المطبعة المنبرية، بدون تاريخ نشر) .
61- المحلى لأبي محمد علي بن سعيد ابن حزم ، المتوفى سنة 456هـ (مكتبة الجمهورية ، 1392هـ - 1972م) .

رابعاً : الكتب الفقهية والقانونية العامة

62- أبو زهرة ، محمد ، موسوعة الفقه الإسلامي (ا لمس الأعلى للشؤون الإسلامية ، القـاهرة ، 1387هـ) .

63- إبراهيم ، أحمد ، طرق القضاء في الشريعة الإسلامية (القاهرة ، المطبعة السلفية ، 1347هـ) .

64- أبو الوفاء ،أحمد ، التعليق على نصوص قانون الإثبات (الإسكندرية ، منشأة المعـارف، ط2 ، 1981م) .

65- أبو زيد ، بكر بن عبد الله ، الحدود والتعزيرات عند ابن القيم (دار العاصمة ، النشرة ، الثانية ،1415هـ) .

66- أبو عامر ، محمد زكي ، الإثبات في المواد الجنائية (الإسكندرية ، الفنية للطباعة والنشر ، بدون سنة نشر).

67- أبو عامر ، محمد زكي ، الإجراءات الجنائية (الإسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية، 1984) .

68- أبو عامر ، محمد زكي ، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي (رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية ، بدون تاريخ) .

69- أبو فارس ، محمد عبد القادر ، القضاء في الإسلام (عمان ، دار الفرقـان ، 1404هـ ـ 1984م).

70- أحمد ، فؤاد عبد المنعم والحسين علي غنيم ، الوسيط في التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي مـع التطبيق الجاري في المملكة السعودية ومصر والكويت (الإسكندرية ، مؤسسة شباب الجامعـة ، بدون تاريخ نشر) .

71- أحمد ، هلالي عبد الإله ، النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية ، دراسة مقارنة بـين الـنظم الإجرائية اللاتينية والجرمانية والاشتراكية والانجلوسكسونية والشريعة الإسلامية (القاهرة ، ط1 ، 1987م) .

72- أحمد ، هلالي عبد الإله ، الحقيقة بين الفلسفة العامة والإسلامية وفلسفة الإثبات الجنائي (القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1987م) .

73- ابن ظفير ، سعد بن محمد بن علي ، الإجراءات الجنائية في جرائم الحدود في المملكـة العربيـة السعودية وأثرها في استتباب الأمن ، (ط1، 1415هـ ـ 1995م) الجزء الثاني .

74- البرشاوي ، شهادة هابيل ، الشهادة الزور من الناحيتين القانونية والعملية (رسالة دكتوراة ، دار الفكر العربي، 1983م) .
75- بكار ، حاتم حسن موسى ، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية ، محاولة لرسم معالم نظرية عامة (رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون والعلوم السياسية بجامعة المسيرة الكبرى بليبيا، منشورة ، 2002م) .
76- البكر ، محمد عبد الرحمن ، السلطة القضائية وشخصية القاضي في النظام الإسلامي (الزهـراء للإعلام العربي ، بدون تاريخ نشر) .
77- نام ، رمسيس ، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً (الإسكندرية ، منشأة المعارف، 1978م) .
78- نسي ، أحمد فتحي ، نظرية الإثبات الجنائي الإسلامي (القاهرة ، دار الشروق ، 1983م) .
79- البهي، أحمد عبد المنعم ، من طرق الإثبات في الشريعة وفي القـانون (القـاهرة ، دار الفكـر العربي، 1965م).
80- بوساق ، محمد المدني ، التشريع الجنائي الإسلامي ، الحدود والتعازير (أكاديمية نايف العربيـة للعلوم الأمنية ، 1420هـ) .
81- بيهي ، الحبيب ، اقتناع القاضي ودوره في الإثبات الجنائي (رسالة دكتوراه مقدمـة إلى كليـة العلوم القانونية والاقتصادية بجامعة محمد الخامس بالمغرب ، غير منشورة ، 1989م) .
82- الترهوني ، محمد أحمد ، حجية القرائن في الإثبات الجنائي في الفقه الإسلامي (بنغـازي ، جامعة قاريونس ، بدون تاريخ نشر) .
83- تمام ، السيد عبد العال ، كفالة حق التقاضي ،دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية وفي كل من السعودية ومصر وفرنسا (القاهرة ، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ نشر) .
84- ثروت ، جلال ، نظم الإجراءات الجنائية (الإسكندرية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 1997م) .
85- الجوهري ، كمال عبد الواحد ، تأسيس الاقتناع القضائي والمحاكمة الجنائية العادلة (دار محمـود للنشر والتوزيع 1999م).
86- الجوهري ، كمال عبد الواحد ، حكم البراءة في القضايا الجنائية (دار محمود للنشر والتوزيع ، بدون تاريخ) .
87- الحريري ، إبراهيم محمد ، القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام (عمـان ، دار عمار ، 1998م) .

88- حسان ، حسين حامد ، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي (دار النهضة العربيـة ، القـاهرة ، 1971م) .
89- حسني ، محمود نجيب ، الموجز في شرح قانون الإجراءات الجنائية (القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1987م) .
90- حسني ، محمود نجيب ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام (القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1977م) .
91- حسني ، محمود نجيب ، قوة الحكم الجنائي في إ اء الدعوى الجنائية (القاهرة ، دار النهضة العربية ، ط2 ، 1997م) .
92- الحسيني ، سامي ، النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري المقـارن (رسـالة دكتـوراه ، 1972م) .
93- الحقيل ، محمد عبد الرحمن ، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي (ط1 ، 1414هـ ـ 1994م) .
94- الحميد ، عبد الله بن سالم ، التشريع الجنائي الإسلامي (مطبعة الترجـي التجاريـة ، ط4 ، 1413هـ ـ 1993م) .
95- حيدر ، علي ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (بيروت ، مكتبة النهضة، ج4 ، بدون تـاريخ نشر).
96- خليل ، أحمد ضياء الدين ، مشروعية الدليل في المواد الجنائية (طبعة 1983م).
97- دفع الله ، حيدر أحمد ، المدخل لقانون الإثبات ، دراسة فقهية قانونية تطبيقية مقارنة (طبعة1 ، 1420هـ ـ 1999م) .
98- ربيع، عماد محمد أحمد ، حجية الشهادة في الإثبات الجزائي ، دراسة مقارنة (عمـان ، الأردن ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 1999م) .
99- رحومة ، موسى مسعود ، حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته (الدار الجماهيريـة للنشـر والتوزيع والإعلان ، ط1 ، 1988م).
100- رحومة ، موسى مسعود ، قبول الدليل العلمي أمام القضاء الجنائي ، دراسة مقارنة (بنغازي ، منشورات جامعة قار يونس ، ط1 ، 1999م) .
101- رسلان، علي ، نظام إثبات الدعوى وأدلته في الفقه الإسلامي والقـانوني (الإسـكندرية، دار الدعوة للطبع والنشر والتوزيع ، ط1 ، 1417هـ ـ 1996م) .
102- رمضان ، عمر السعيد ، مبادئ قانون الإجراءات الجنائية (القاهرة ، دار النهضـة العربيـة ، 1984م) .

103- الزحيلي ، محمد مصطفى ، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية (مكتبة دار البيان، الجزء 1-2 ، بدون سنة نشر) .
104- الزرقاء ، مصطفى أحمد ، المدخل الفقهي العام (دمشق ، مطبعة جامعة دمشق ، ط7، 1963م) .
105- سرور ، أحمد فتحي ، الشرعية والإجراءات الجنائية (القاهرة ، دار النهضة العربية، 1977م) .
106- سرور ، أحمد فتحي ، النقض في المواد الجنائية (القاهرة ، دار النهضة العربية، 1997م) .
107- سرور ، أحمد فتحي، الوجيز في الإجراءات الجنائية (القاهرة، 1983م).
108- سرور ، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، الجزء الثالث، النقض الجنائي وإعادة النظر (القاهرة، دار النهضة العربية ، 1980م) .
109- سعد ، نبيل إبراهيم ، المدخل إلى القانون ، الكتاب الثاني نظرية الحق (بيروت ، دار النهضـة العربية للطباعة والنشر ، بدون سنة نشر) .
110- سلامة ، مأمون محمد ، قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه وأحكام النقض (القاهرة ، دار الفكر العربي ، ط1 ، 1980م).
111- سلامة ، مأمون محمد ، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي (بيروت ، مطبعة دار الكتـاب ، ط1 ، 1391هـ ـ 1971م) .
112- السنهوري ، عبد الرازق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (القـاهرة ، دار النشـر للجامعات المصرية ، ط1، 1956م) .
113- سويدان ، مفيدة سعيد ، نظرية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي ، دراسة مقارنة (رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة، منشورة ، 1985م) .
114- الشهاوي ، قدري عبد الفتاح ، الموسوعة الشرطة القانونية (القاهرة ، مكتبة عـالم الكتـب ، 1966م) .
115- الصيفي ، عبد الفتاح مصطفى ، الأحكام العامة للنظام الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون (القاهرة ، دار النهضة العربية ، 2001م) .
116- طنطاوي ، إبراهيم حامد مرسي ، سلطات مأمور الضبط القضائي ، دراسة مقارنة (رسـالة دكتوراه ، ط1 ، 1993م) .
117- ظفير ، سعد بن محمد ، النظام الإجرائي الجنائي في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في المملكـة (الرياض ، مطابع سحة ، 1417هـ) .
118- عابد ، عبد الحافظ عبد الهادي ، الإثبات الجنائي بالقرائن (1989م).

119- عبد الفتاح ، عزمي ، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة (القاهرة ، المطبعة العربية الحديثة ، دار الفكر العربي ، ط1 ، 1983م).
120- عبيد ، رؤوف ، المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية (1980م) .
121- عبيد ، رؤوف ، ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق (القاهرة ، دار الفكر العربي ، ط2، 1977م).
122- عبيد ، رؤوف ، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانوني المصري (مصر ، دار الجيل للطباعـة ، ط17 ، 1989م) .
123- عثمان ، آمال عبد الرحيم ، شرح قانون الإجراءات الجنائية (القاهرة ، دار النهضة العربيـة ، 1975م).
124- عثمان، محمد فتحي ، حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والفكر القانوني الغربي (بيروت ، مطابع دار الشروق ، ط1 ، 1982م) .
125- العرابي ، علي زكي ، المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية (مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، 1951م) .
126- العرابي ، علي زكي ، تسبيب الأحكام الجنائية (القاهرة ، مجلة القانون والاقتصاد، مـايو عـام 1931م) .
127- علي ، عادل حسن ، الإثبات - أحكام الالتزام (مكتبة زهراء الشرق ، 1997).
128- عليان ، شوكت محمد ، السلطة القضائية في الإسلام ، دراسة موضوعية مقارنـة (دار الرشـيد للنشر والتوزيع ، ط1 ، 1402هـ - 1982م) .
129- عودة ، عبد القادر ، التشريع الجنائي الإسلامي، مقارناً بالقانون الوضعي (بيروت، دار إحيـاء التراث العربي ، ط4 ، 1405هـ ـ 1985م) الجزء الثاني .
130- عودة ، عبد القادر ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي (مؤسسة الرسالة ، ط 9 ، 1408هـ ـ 1987م) الجزء الأول .
131- عوض ، محمد محيي الدين ، إثبات موجبات الحدود والقصاص والتعازير في الشريعة والقـانون(أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية ، 1417هـ ـ 1997م).
132- عوض ، محمد محيي الدين ، أصول الإجراءات الجنائية (أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية ، 1418هـ ـ 1998م) .
133- عوض ، محمد محيي الدين ، أصول التشريعات العقابية في الدول العربية (أكاديمية نايف العربيـة للعلوم الأمنية ،1419هـ ـ 1998م) .

134- عوض ، محمد محيي الدين ، القيم والمصالح الموجهة للسياسة الجنائية (أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية ، 1418هـ ـ 1998م) .
135- عوض، محمد محيي الدين ، الإثبات بين الازدواج والوحدة في الجنائي والمـدني في السـودان ، دراسة مقارنة (الخرطوم، مطبوعات جامعة القاهرة ، كتاب14، 1974م) .
136- عوض، محمد محيي الدين، حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية(1989م)
137- الغماز ، إبراهيم إبراهيم ، الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية ، دراسة قانونية نفسية (عالم الكتب 1400هـ ـ 1980م) .
138- الفائز ، إبراهيم محمد ، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة (ط1 ، 1982م).
139- القاسم ، عبد الرحمن عبد العزيز . القضاء والتقاضي والتنفيذ ، بحث قانوني فقهـي مقـارن (المؤلف ، 1403هـ – 1982م) .
140- قاسم ، يوسف ، مبادئ الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة (القاهرة ، دار النهضـة الحديثـة ، 1978م) .
141- القللي ، محمد مصطفى ، أصول قانون تحقيق الجنايات (مصر ، مطبعة مصطفى الحلبي ، ط2 ، 1945م) .
142- المحاميد ، شويس ، عدالة الشاهد في القضاء الإسلامي (بيروت ، دار الجيل ، 1416هـ) .
143- محسوب ، صالح ، فن القضاء (بغداد ، مطبعة العاني ، ط1 ، 1982م).
144- محمد ، فاضل زيدان ، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة (عمان ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط1 ، 1999م) .
145- المزغني ، رضا ، أحكام الإثبات (الرياض ، معهد الإدارة العامة ، إدارة البحوث ، 1405هـ ـ 1985م) .
146- مصطفى ، محمود محمود ، الإثبات في المواد الجنائية ، النظرية العامة (القاهرة، مطبعة جامعـة القاهرة والكتاب الجامعي ، ط1، 1977م) .
147- النبراوي ، محمد سامي ، استجواب المتهم (رسالة دكتوراه ، القاهرة ، دار النهضة العربيـة ، 1968م) .
148- نشأة ، أحمد ، رسالة الإثبات (القاهرة ، دار الفكر العربي ، طبعة مطابع المدني ، 1973م).
149- النمر ، أبي العلا علي أبي العلا ، الإثبات الجنائي ، دارسة تحليلية لتحديد موطن القوة والضعف في الدليل الجنائي (القاهرة ، دار النهضة العربية ، ط2 ، بدون تاريخ نشر) .
150- نيبان ، جمالة مولود ، ضوابط صحة وعدالة الحكم القضائي (بغداد ، دار الشـؤون الثقافيـة العامة، بدون تاريخ نشر) .

151- هاشم ، محمود محمد ، القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية (الريـاض، النشر العلمي والمطابع بجامعة الملك سعود، ط2، 1420هـ ـ 1999م).

خامساً : المعاجم والتراجم واللغة :

152- أساس البلاغة لجار الله أبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري (طبعة دار الفكر ، 1409هـ ـ 1989م) .
153- التعريفات لعلي بن محمد بن علي الجرجاني المتوفي سنة 816هـ (تحقيق إبـراهيم الأبيـاري ، بيروت ، دار الكتاب العربي ، 1405هـ) .
154- طبقات الشافعية لأبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن قاضي شهبة المتوفى سنة 851هـ ـ (تحقيق د. الحافظ عبد العليم خان ، بيروت ، عالم الكتب ، 1407هـ) .
155- القاموس المحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي (بيروت ، مؤسسة الرسـالة ، ط2، 1407هـ -1987م) .
156- كتاب التعريفات لعلي بن محمد بن علي الجرجاني (تحقيق إبـراهيم الأبيـاري، بـيروت، دار الكتاب العربي ، ط4 ، 1418هـ ـ 1998م) .
157- لسان العرب لجمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور (بيروت ، دار صادر ، الطبعة الثالثـة ، 1414هـ - 1994م) .
158- مختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي (القاهرة ، المطبعة الأميرية ، 1945م) .
159- المصباح المنير لأحمد بن محمد بن علي الفيومي (تحقيق يوسف الشيخ محمد ، بيروت ، المكتبـة العصرية ، بدون سنة نشر) .
160- المعجم الوسيط لإبراهيم مصطفى وآخرون (المكتبة الإسلامية ، بدون سنة نشر).

سادساً : المجلات والأنظمة

161- الحسيني ، عمر الفاروق ، مدى تعبير الحكم بالإدانة غير الصادر بالإجماع عن الاقتناع اليقـيني للقاضي الجنائي (مجلة المحامي ، السنة 17 ، إعداد يناير ـ فبراير ـ مارس 1993م ، تصدرها جمعية المحامين الكويتية) .
162- ربيع ، محمد أحمد ، الأساليب المقبولة أمام محكمة النقض (مجلة إدارة قضايا الحكومة ، عدد1 ، السنة 7 ، يناير 1963م) .
163- العلام، عبد الرحمن ، تعليل الأحكام (مجلة القضاء، العدد الرابع، عام 1954م) .

164- فهمي ، مرقس ، وجوه النقض المتصلة الموضوع (القاهرة ، مجلة المحاماة ، ديسمبر عام 1930م) .

165- ليوني ، جيوفاني ، مبدأ الاقتناع والمشاكل المرتبطة به ، مجلة القانون والاقتصاد (ترجمة الدكتور رمسيس نام ، سنة 34 ، عدد 1 ، 1964م) .

166- ا لة القضائية العربية (تصدرها الأمانة العامة لس وزراء العدل العرب ، أبريل عام 1984م) .

167- الملا ، ساعي صادق ، حرية القاضي الجنائي في الاقتناع (القاهرة ، مجلة الأمن العام ، عدد 60 ، السنة 15 ، ذو القعدة 1393هـ يناير 1973م) .

168- الناهي ، صلاح الدين ، فذلكة في الإثبات القضائي في الشرع الإسلامي (مجلة القانون المقارن ، بغداد ، دار الطبع والنشر الأهلية ، العددان الرابع والخامس ، 1972م).

169- نظام الإجراءات الجزائية في المملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم 38/م بتـاريخ 1422/7/28هـ .